

Le Recours pour excès de pouvoir sous le Régime de la Justice retenue

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 14 Mars 1942, à 14 heures

PAR

Pierre LANDON

Lauréat de la Faculté (Prix Henry Michel)

Lauréat de l'Ecole des Sciences politiques

MEMBRES DU JURY :

PRÉSIDENT : M. LAFERRIÈRE, *Professeur*

SUFFRAGANTS { M. ROLLAND, *Professeur*
M. WALINE, *Professeur*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

SOCIÉTÉ ANONYME

22, Rue Soufflot, PARIS 5^e

1942

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Nom du Candidat : **LANDON.**

Prénom : **Pierre.**

Date de la soutenance : 14 mars 1942, à 14 heures.

Numéro d'ordre : 136.

(Ces deux mentions seront complétées par le service de la Bibliothèque)

LANDON (Pierre). — Le
Recours pour excès de pou-
voir sous le Régime de la
Justice retenue. — Paris,
Recueil Sirey, éditeur, 1942,
in-8°, 265 pages + 9 pages
Bibliographie.

(Thèse de Droit, Paris 1942,
n° 136)

LANDON (Pierre). — Le
Recours pour excès de pou-
voir sous le Régime de la
Justice retenue. — Paris,
Recueil Sirey, éditeur, 1942,
in-8°, 265 pages + 9 pages
Bibliographie.

(Thèse de Droit, Paris 1942,
n° 136)

LANDON (Pierre). — Le
Recours pour excès de pou-
voir sous le Régime de la
Justice retenue. — Paris,
Recueil Sirey, éditeur, 1942,
in-8°, 265 pages + 9 pages
Bibliographie.

(Thèse de Droit, Paris 1942,
n° 136)

LANDON (Pierre). — Le
Recours pour excès de pou-
voir sous le Régime de la
Justice retenue. — Paris,
Recueil Sirey, éditeur, 1942,
in-8°, 265 pages + 9 pages
Bibliographie.

(Thèse de Droit, Paris 1942,
n° 136)



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Le Recours pour excès de pouvoir sous le Régime de la Justice retenue

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 14 Mars 1942, à 14 heures

PAR

Pierre LANDON

Lauréat de la Faculté (Prix Henry Michel)

Lauréat de l'Ecole des Sciences politiques

MEMBRES DU JURY :

PRÉSIDENT : M. LAFERRIÈRE, *Professeur*

SUFFRAGANTS { M. ROLLAND, *Professeur*
M. WALINE, *Professeur*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

SOCIÉTÉ ANONYME

22, Rue Soufflot, PARIS 5^e

1942

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES PARENTS

A MA FEMME

Hommage reconnaissant

des Tribunaux ; **Journal Droit Adm.** : Journal du Droit administratif ; **R.** (suivie de l'indication du tome — pour les années 1821 et 1822 seulement — et de la page) : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat ; **R.D.P.** : Revue du Droit public et de la Science politique ; **Rec. Législation Toulouse** : Recueil de l'Académie de législation de Toulouse ; **Rev. Cr.** : Revue critique de législation et de jurisprudence ; **Revista Drept Pub.** : Revista de Drept public ; **Rev. Pratique** : Revue pratique de Droit français ; **Rev. Wol.** : Revue de législation et de jurisprudence (WOŁOWSKI) ; **R. L.** (suivie de l'indication du tome et de la page) : Recueil général des arrêts du Conseil d'Etat de l'an VIII à 1839 ; **S.** : le Recueil que nous appelons « Sirey » ; **Sirey** (suivie de l'indication du tome et de la page) : Jurisprudence du Conseil d'Etat depuis 1806 jusqu'à 1818.

De plus nous avons désigné les douze mois de l'année par les signes suivants : jv., f., mars, al., mai, jn., jl., at., s., o., n., d.

Enfin, accentuant une pratique déjà répandue, nous demandons au lecteur la permission de donner la référence de l'année où ont été rendus les arrêts étudiés par la seule indication du chiffre des dizaines et du chiffre des unités (ex. : 52, pour : 1852).

3° Le présent index pouvant être amené à servir à d'autres chercheurs dans le domaine du Droit administratif français au XIX^e siècle, nous pensons utile de le compléter par la mention de deux ouvrages qui renferment des mines d'indications bibliographiques :

AUCOC. — *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789*, Paris, 1876.

MOHL (Robert von). — *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, dritter Band (p. 149-290 : dogmatische Schriften über das neuere Staatsrecht), Erlangen, 1858.

I. — AUTEURS DE L'EPOQUE

A. — *Traité doctrinaux*

- AUCOC (du Conseil d'Etat, de l'Institut). — *Conférences sur l'Administration et le Droit administratif*, 1^{re} éd., Paris, 1869, 3 vol. ; 2^e éd., Paris, 1878, 3 vol. ; 3^e éd., Paris, 1885-86, 3 vol.
- BATBIE (auditeur au Conseil, professeur). — *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, 1^{re} éd., 7 vol., Paris, 1861-68 ; 2^e éd., 8 vol., Paris, 1885-86.
- BOUCHENÉ-LEFER (du Conseil d'Etat). — 1^o *Droit public et administratif français*, 5 vol., Paris : t. III 1830, t. I 1831, t. II en 2 vol. 1835, t. IV 1840.
2^o *Principes et notions élémentaires du Droit public-administratif*, Paris, 1862.
- CABANTOUS et LIÉGEOIS (professeurs). — *Répétitions écrites sur le Droit administratif*, Paris, 5^e éd., 1873 ; 6^e éd., 1881.
- CAMUS. — *Profession d'avocat*, t. II : bibliothèque choisie des livres de droit, 5^e éd., Paris, 1832, par DUPIN aîné.
- CHANTAGREL (J.) (« répétiteur en Droit »). — *Droit administratif théorique et pratique*, 2^e éd., Paris, 1862.
- CHAUVEAU (Adolphe) (avocat, professeur). — *Principes de compétence et de juridiction administratives*, 3 vol., Toulouse et Paris, 1841-44 (t. I 1841, t. II 1843, t. III 1844).
- CHEVALIER (Théodore) (avocat « aux Conseils »). — *Jurisprudence administrative* ou recueil complet et méthodique par ordre alphabétique des arrêts du Conseil d'Etat en matière contentieuse avec la législation qu'ils appliquent, Paris, 1836, 2 vol.
- CORMENIN (de) (du Conseil d'Etat). — *Questions de Droit administratif*, 3^e éd., Paris, 1826, 2 vol. ; 4^e éd., Paris, 1837, 3 vol. ; 5^e éd. (sous le titre : *Droit administratif*), Paris, 1840, 2 vol.
- COTELLE (avocat au Conseil, professeur à l'Ecole des Ponts et Chaussées). — *Cours de Droit administratif appliqué aux Travaux Publics*, 3^e éd., 4 vol., Paris, 1859-62.
- DARESTE (Rodolphe) (avocat au Conseil). — *La justice administrative en France* ou *Traité du contentieux de l'Administration*, Paris, 1862.
- DELARRE. — *Loi du 24 mai 1872 annotée*, Paris, 1^{re} éd., 1872 ; 2^e éd., 1873.
- DEVAUX (avocat au Conseil). — *Guide élémentaire des recours au Conseil d'Etat*, Paris, 1862.
- DUCROCQ (professeur). — 1^o *Le Conseil d'Etat et son histoire*, Paris, 1867.
2^o *Cours de Droit administratif*, 3^e éd., Paris, 1869.
- DUFOUR (Gabriel) (avocat au Conseil). — *Traité général de Droit administratif appliqué* ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant..., Paris, 1^{re} éd., 1843-45, 4 vol. ; 2^e éd., 1854-57, 7 vol. ; 3^e éd., 1868-70 (t. I-V 1868 t. VI et VII 1869, t. VIII 1870), 8 vol.

- 1872, t. 38, p. 75-84. — 5° *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878 (extrait du compte-rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques). — 6° *Note sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recours contre les actes de gouvernement*, Rev. Cri. 1883, p. 266-271. — 7° (Compte-rendu du t. II du Traité de Laferrière), Rev. Cri. 1888, p. 690-701.
- BLANCHE (secrétaire général de la préfecture de la Seine). — *Lettre à un maire* (sur le décret du 2 novembre 1864), Ecole des Comm. 1864, p. 281-288.
- BOUCHENÉ-LEFER. — *De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, — ou du contentieux et du non-contentieux administratif*, Rev. Pratique 1864, t. 17, p. 433-467 et 1865, t. 19, p. 145-183.
- BOULATIGNIER (du Conseil d'Etat). — *Du Conseil d'Etat*, Ecole des Comm. 1838, 2^e partie, p. 69-77 et 97-106.
- CHOPPIN (avocat au Conseil). — *Pour mémoire*.
- CHRISTOPHLE (avocat au Conseil). — *Pour mémoire*.
- CILLEULS (des). — *Du recours au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir*, Gaz. Trib. 19 o. 1864, p. 1018.
- COLLET (avocat au Conseil). — *Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat : recours pour excès de pouvoir, questions de recevabilité*, Rev. Cr. 1876, p. 225-240.
- COTELLE. — *Du droit de contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions de la section du contentieux et les actes administratifs sujets à annulation pour excès de pouvoir et dans l'intérêt de la loi*, Rev. Cr. 1851, t. I, p. 373-384.
- DALLOZ. — *Rapport fait au nom de la Commission chargée de l'examen du projet de loi sur l'organisation du Conseil d'Etat*, Rev. Wol. 1840, t. 12, p. 86-s.
- (Cette Commission se composait de : MARTIN DU NORD, DE SALVANDY, DE TOCQUEVILLE, HÉBERT, ISAMBERT, ODILON-BARROT, DALLOZ, GUILHEM-DUBOIS).
- LA CHÈRE (de) (avocat au Conseil). — *Observations sur le décret du 2 novembre 1864*, Bull. Trib. 28 novembre 1864 (n. 48).
- LAFERRIÈRE (E.). — *Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir*, Rev. Cr. 1876, p. 303-327 (inachevé).
- LEBON et HALLAYS-DABOT (avocats au Conseil). — *Pour mémoire*.
- M. (Ed.) (?). — Note sous C. E. 14 jv. 1876, Regnault, R. 1876, p. 33-35.
- QUENTIN-BAUCHART (président de la section du contentieux). — *Etude sur la juridiction administrative*, Rev. Cr. 1870, t. 37, p. 130-170.
- REVERCHON (maître des requêtes, puis avocat au Conseil). — 1° *Observations sur les réformes récemment apportées à la procédure devant le Conseil d'Etat*, Le Droit 28 et 29 d. 1864. — 2° *Observations sur C. E. 9 mai 1867, duc d'Aumale*, Le Droit 19 mai 1867. — 3° *De la saisie administrative*, Rev. Pratique 1867, t. 24, p. 5-38.
- ROZY (professeur). — *Examen doctrinal de la jurisprudence du Con-*

seil d'Etat (sur l'arrêt du 4 février 1869), Rev. Cr. 1870, t. 37, p. 97-109.

SERRIGNY. — *Jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de délimitation*, Rev. Cr. 1869, t. 35, p. 97-113.

VIVIER. — *Rapport sur la loi organique du Conseil d'Etat*, Rev. Wol. 1849, t. 34, p. 77 s.

D. — *Conclusions de commissaires du gouvernement*

Pour mémoire : les références seront données au fur et à mesure que nous les utiliserons. Empruntées à AUCOC, BAROCHE, BAYARD, DE BELBEUF, DAVID, FARÉ, DE LAVENAY, LEVIEZ, L'HOPITAL et ROBERT, elles ont formé une pièce capitale de notre documentation, du moins pour la période à laquelle elles se rapportent : le II^e Empire.

II. — AUTEURS MODERNES

A. — *Monographies*

ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926.

APPLETON (Jean). — *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, 1927.

ARTUR. — *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 9^e article, R. D. P. 1903, t. 20, p. 415-502.

BAUDOUIN. — *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, th. Paris, 1904.

BÉQUET. — Article « *Contentieux administratif* » in *Répertoire Béquet-Laferrière*, t. 8, Paris, 1891.

BÉRARD. — *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, th. Paris, 1932.

BEURDELEY. — *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'Administration*, th. Paris, 1928.

CARTAUT. — *De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation et de ses rapports avec l'excès de pouvoir contentieux*, th. Paris, 1911.

CHALVON-DEMERSAY. — *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, th. Paris, 1922.

CHARREYRON. — *Du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, th. Paris, 1885.

CHÉNON. — *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris, 1882. (Mémoire couronné par la Faculté de Droit de Paris, 1881).

CHEVALLIER. — *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, th. Nancy, 1924.

CILLEULS (des) (de la préfecture de la Seine). — *Organisation du contentieux administratif de 1790 à 1799*, tir. à part, Paris, 1897. (Extrait du Bulletin des sciences économiques et sociales du Comité des travaux historiques et scientifiques, 1897).

CRUET. — *Etude juridique de l'arbitraire administratif*, th. Paris, 1906.

- DARESTE (Pierre). — *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, Paris, 1914.
- DUGUIT. — *Etudes de Droit public*, II : l'Etat, les gouvernants et les agents, Paris, 1903.
- EBREN. — *Théorie du détournement de pouvoir*, th. Lyon, 1901.
- FONT-RÉAULX (de). — *Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs*, th. Poitiers, 1930.
- GEORGIN. — *La violation de la loi*, th. Paris, 1915.
- GOLDENBERG. — *Le Conseil d'Etat juge du fait*, th. Paris, 1932.
- GUILLIEN. — *L'exception de recours parallèle*, Paris, 1934.
- HAURIOU. — 1° *La formation du Droit administratif depuis l'an VIII*, tir. à part, Paris, 1893. (Extrait du Répertoire Bequet-Laferrière, v° *Droit administratif*).
 2° *La gestion administrative*, Paris, 1899.
 3° (Avec le concours de BACQUIÉ, DOMENGEAU-VIGUERIE et BESSE) *De la conversion de l'instance en excès de pouvoir en instance au contentieux ordinaire*, Année Adm. 1903, p. 128-139.
 4° *Les éléments du contentieux*, Rec. Législation Toulouse 1905, p. 1-98 ; 1907, p. 149-191 (inachevé).
 5° *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIOU, Paris, 1929, 3 vol.
- JACQUELIN. — 1° *De la juridiction administrative dans le Droit constitutionnel*, th. Paris, 1891.
 2° *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, 1899.
 3° *L'évolution de la procédure administrative*, R. D. P. 1903, t. 19, p. 373-447 et t. 20, p. 5-22.
- LABBÉ. — *Du recours pour abus au XIX^e siècle*, th. Paris, 1898.
- LADREIT DE LACHARRIÈRE. — *Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle*, th. Paris, 1937.
- LAFFERRIÈRE (J.). — *Le recours contre le silence de l'Administration*, Revista Drept Pub. 1930, p. 297-335.
- LE COURTOIS. — *Des actes de gouvernement*, th. Poitiers, 1899.
- LUCAS DE PESLOÛAN. — *Histoire de la juridiction administrative sous la Révolution et sous l'Empire*, th. Paris, 1907.
- MARIE (Léon). — *Le Droit positif et la juridiction administrative*, Paris, 1903, 2 vol.
- MICHOUD. — 1° *Des actes de gouvernement*, Paris, 1889.
 2° *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, Paris, 1913.
- MOREAU. — *Le règlement administratif*, Paris, 1902.
- FAULME. — *Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat*, th. Paris, 1931.
- PHILIP. — *Le recours pour excès de pouvoir et l'activité corporative*, th. Paris, 1924.
- RIVERO. — *Les mesures d'ordre intérieur administratif*, th. Paris, 1934.

TACQUET. — *Des recours pour excès de pouvoir en matière administrative*, th. Paris, 1885.

WALINE. — *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir : I. L'excès de pouvoir du juge*, th. Paris, 1926.

B. — *Ouvrages généraux*

CÉZAR-BRU. — *Précis élémentaire de Procédure civile*, Paris, 1927.

HAURIOU. — *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 11^e éd., Paris, 1927.

LAFERRIÈRE (Edouard). — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{re} éd., 2 vol., Paris, 1887-88 ; 2^e éd., 2 vol., Paris, 1896.

III. — RECUEILS DE JURISPRUDENCE

Recueil général des arrêts du Conseil d'Etat de l'an VIII à 1839, par ROCHE et LEBON, 7 vol., Paris, 1839-46.

Journal du Palais : jurisprudence administrative (en matière contentieuse), fondé par LEDRU-ROLLIN et ses collaborateurs, à Paris, en 1842, partant de l'an VIII.

Jurisprudence du Conseil d'Etat depuis 1806 jusqu'à 1818, par SIREY, 4 vol., Paris, 1818.

Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, publié annuellement depuis 1821 à Paris, fondé par MACAREL.

INTRODUCTION

1. L'histoire de notre droit administratif est encore à écrire. Nous en ignorons à peu près tout, et jusqu'à la date à laquelle il la faut faire remonter. Est-ce bien, comme on le dit communément, la Révolution ? Il n'est pas interdit de croire que certaines théories modernes avaient des matériaux tout préparés dès l'Ancien Droit et qu'elles n'attendaient qu'une occasion pour éclore. A ne considérer que la période du dernier siècle, que savons-nous de sûr sur des points essentiels, le contrat ou la responsabilité par exemple ? Pendant longtemps, notre incuriosité a été excusable : nous ne jouissions pas d'un recul suffisant, et de plus nous étions nous-mêmes trop incertains des solutions à adopter pour nous intéresser aux errements de nos pères. Maintenant, pourtant, le temps paraît venu des recherches historiques : l'homme de science y trouvera son compte, et non pas seulement l'érudit ; car, à côté des détails en effet piquants qu'on mettra au jour, c'est le cadre même dans lequel se meuvent nos théories modernes depuis leurs origines qu'on restituera avec précision.

Entre les différentes questions qui s'offrent ainsi à l'attention, notre choix fut bientôt fait. La consultation des auteurs et des arrêts convainc promptement de ce qui se laisse deviner : à savoir que la doctrine de l'excès de pouvoir est la première à avoir acquis de la fermeté. Du reste, à l'époque où nous commençons nos recherches, la Faculté de Droit de Paris mettait au concours le sujet suivant : « Le recours pour excès de pouvoir des origines à 1864 ».

Pour mener à bien notre étude, le relevé des opinions émises par les auteurs modernes, parfois dans des monographies difficiles à retrouver, la restitution de la pensée exprimée par les auteurs du temps, dans des ouvrages généraux ou spéciaux d'accès plus ou moins commode, s'imposaient évidem-

ment, et notre bibliographie témoigne que nous nous y sommes efforcés. Mais il y avait, selon nous, plus à faire, et c'est par là, nous le souhaitons, que notre travail pourra être de quelque utilité : puisque c'était par la jurisprudence que s'était fait le progrès, c'était en définitive la jurisprudence qu'il fallait connaître exactement. Or nous estimons qu'on ne connaît pas une jurisprudence lorsqu'on se borne à analyser les arrêts, toujours peu nombreux, qui se sont fixés dans la mémoire des contemporains ou de leurs successeurs. Car le sort qui leur est ainsi fait est plus d'une fois tout accidentel, et bien des « leading cases » se rencontrent dans des décisions oubliées ; en outre, il est des questions — celle de l'inclusion ou de l'exclusion de la violation de la loi nous en fournira un très bon exemple — qu'il est impossible de résoudre si l'on ne rassemble pas tous les arrêts, ou du moins le plus grand nombre possible d'entre eux (car ce n'est pas toujours chose facile et c'est ainsi qu'il a dû nous arriver, pour la période antérieure à 1839, de laisser échapper plusieurs arrêts dignes d'attention). La conduite d'une étude sérieuse de jurisprudence nous paraît inséparable d'un maniement prolongé des tables des recueils, sinon même à certains égards de la consultation de toutes les décisions rendues par la juridiction étudiée.

Notre travail étant ainsi compris, nous en avons livré les résultats dans un mémoire sur le sujet qui nous était fixé (1). A la rigueur, au moment de composer notre thèse, nous aurions pu nous contenter de donner à l'imprimeur le texte que nous avions rédigé. Pourtant ce texte, qui voulait être complet comme un rapport et en avait toute l'aridité, ne nous satisfaisait pas, et nous lui avons apporté, tant dans la forme que dans le fond, des retouches qui ont bouleversé notre cadre antérieur et nous ont conduit à suivre un nouveau plan. — D'une part nous avons procédé à plus d'une exclusion. Les idées courantes et le libellé même du sujet qui était proposé nous avaient obligé, dans une partie préliminaire, à poursuivre la « recherche des origines » jusque sous l'Ancien Droit : nous n'avons repris ici, et encore de façon

(1) La Faculté de Droit de Paris a bien voulu couronner ce mémoire et nous décerner pour l'année 1936 le 1^{er} Prix Henry Michel.

sommaire, que ce qui avait trait à la phase décisive, située aux confins du 1^{er} Empire et de la Restauration. L'autorité d'E. LAFERRIÈRE nous avait conduit à entreprendre une réfutation détaillée de la thèse qui veut qu'ait longtemps coexisté avec le recours pour excès de pouvoir, pour fusionner finalement avec lui, un recours pour violation de la loi : nous n'avons pas reproduit ici cette œuvre purement négative. Pour la même raison, nous avons abandonné les références aux affirmations avancées par les modernes sur tel ou tel point de notre sujet : assez nombreuses, elles appellent bien souvent la critique et elles auraient, par suite, donné à notre ouvrage des dimensions excessives ; le lecteur notera lui-même les points sur lesquels nous sommes d'accord avec celles d'entre elles qui se sont inscrites dans toutes les mémoires. Nos retranchements se sont étendus jusqu'aux opinions des auteurs du temps : pour la période antérieure à 1851, elle contribuent à éclairer la jurisprudence, et nous les avons retenues ; mais, pour la période postérieure à cette date, elles marquent un retard fréquent sur les progrès de la jurisprudence et deviennent sans utilité dans une étude qui vise à dire ce qu'était la théorie de l'excès de pouvoir. — Cette intention explique que nous ayons, d'autre part, effectué une extension. L'année 1864 — nous nous en étions rapidement convaincu — ne forme pas une coupure ; au contraire, le décret du 2 novembre intervient au beau milieu d'un mouvement de transformation profonde du recours. Pour donner quelque unité à notre étude, il fallait donc chercher une date où s'observât une scission. *A priori* l'année 1872 était indiquée, et, de fait, les quelques arrêts postérieurs que nous avons consultés ainsi que des commentaires de l'époque que nous analyserons donnent à croire qu'au Conseil d'Etat on eut l'impression qu'après la loi du 24 mai la juridiction de l'excès de pouvoir était assise sur de nouvelles bases. Le choix de l'année 1872 offrait encore l'avantage de conférer à notre ouvrage entier une homogénéité relative, qui ressort du titre même que nous lui avons donné. Aussi avons-nous dû dépouiller les décisions intervenues après 1864 : ce fut une des parties les plus attachantes de notre travail, et nous espérons que la même impression se dégagera des pages que nous consacrerons à cette période.

Telle est l'origine de cet ouvrage et tel est l'esprit qui a présidé à sa confection. Marquons expressément, pour finir, l'une des imperfections qu'il présente. La doctrine de l'excès de pouvoir a beau avoir une autonomie certaine et pouvoir être reconstituée nonobstant notre ignorance d'autres chapitres importants du Droit du dernier siècle : l'étude détaillée de son fonctionnement met néanmoins nécessairement en présence de questions sur lesquelles il serait préférable d'être exactement renseigné et sur lesquelles nous ne savons rien de sûr. Nous nous sommes heurté si souvent à l'une d'elles — l'existence de décisions « contentieuses » rendues par les administrateurs actifs — que nous nous sommes efforcé, on le verra plus loin, de faire quelque lumière sur elle. Mais, sans parler de celles que nous avons peut-être côtoyées sans nous en apercevoir, il en est bien d'autres qui ont embarrassé quelque peu notre marche et qu'à moins de changer de sujet, nous ne pouvions songer à tirer au clair, celles-ci par exemple : dans quel cas le ministre était-il censé juger ? les requérants qui avaient été renvoyés au ministre parce que les moyens de leur pourvoi étaient irrecevables par la voie directe, pouvaient-ils toujours, par la voie de l'appel, revenir devant le Conseil ? Faute d'information précise sur ces points, certains contours du tableau que nous allons brosser restent un peu flous.

Nous croyons, par contre, que les lignes maîtresses apparaîtront avec une suffisante netteté, et, pour permettre au lecteur de dominer la suite de nos développements, nous allons les rassembler ici.

2. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas né en même temps que la juridiction administrative centrale. Dès son institution et jusqu'aux environs de 1815, celle-ci a accueilli tous les recours qui étaient formés directement devant elle et fondés sur un grief de droit, fût-ce la violation de la loi ; mais, si elle faisait usage du terme « excès de pouvoir », ce n'était pas pour l'appliquer à tel de ces griefs plutôt qu'à tel autre : n'importe lequel se voyait, à l'occasion, décerner ce qualificatif. Il faut attendre la Restauration et le triomphe de la juridiction ministérielle pour observer l'existence d'une exception à la compétence de premier degré du ministre : fondée sur le moyen d'« incompétence » ou d'« excès de pouvoir »

(les deux choses se confondent à peu près, mais la seconde renferme des virtualités qui font défaut à la première), le recours direct au chef de l'Etat en son Conseil est toujours recevable. A ce moment, le recours pour excès de pouvoir est né.

Il subit par la suite bien des modifications. Les progrès de la juridiction administrative et les changements de régime politique le veulent. Pourtant, jusqu'à l'installation du Second Empire, le mouvement reste lent et tel que l'autorise la conception générale qu'on se fait du recours. Au contraire, après 1852 et bien plus encore après 1860, se produisent, dans l'inspiration qui anime le recours et, par suite, dans les solutions de détail, des transformations profondes et exceptionnellement rapides : dans les dernières années du Second Empire, les données sont acquises sur lesquelles nous faisons aujourd'hui reposer le recours. Les arrêts rendus en 1871 et en 1872 auront une portée toute conservatrice.

Telle étant la ligne générale de l'évolution du recours, l'étude, en deux parties successives, de la période 1815-1851 et de la période 1852-1872 s'imposait.

3. Tout au long de la première règne cette idée que l'irrégularité incluse dans certains actes administratifs est trop grave (nous dirions volontiers : trop scandaleuse) pour ne pas appeler une répression immédiate de la part du chef suprême de l'administration, à qui elle est dénoncée. Conception médiocrement extensible, qui ne saurait seconder un effort du Conseil d'Etat pour plier l'Administration au respect des règles d'une moralité corporative exigeante.

Sur cette base étroite, le recours figure une attribution de bien mince portée aux mains du Conseil de la Restauration ; c'est à peine si, dans cet énorme chaos qu'est le contentieux administratif, il est étiqueté nominativement. Sous Louis-Philippe, il fait visiblement l'objet d'une attention distincte ; et même, par les autorités qu'il atteint, par les requérants qui sont reçus à le manier, par les incriminations qu'il accueille, il constitue un instrument non négligeable de discipline administrative. Enfin le Conseil d'Etat de 1849 se montre disposé à accentuer du côté des ouvertures le contrôle ainsi institué.

Ce contrôle n'en reste pas moins dans l'ensemble très res-

treint. L'excès de pouvoir, pour l'instant, c'est essentiellement l'incompétence, à tel point que le recours mérite le nom que lui donnent maintes fois les contemporains de « recours pour incompétence et excès de pouvoir ». Cependant, c'est aussi la violation de l'autorité de la chose jugée. Mais ces deux vices épuisent en principe le contenu de la notion. Si la violation de la loi et, plus difficilement, la violation des formes substantielles revêtent parfois la teinte de l'excès de pouvoir, c'est par dérogation aux règles et dans un nombre limité d'hypothèses, dont il faut se borner à dresser le catalogue. — Cette définition de l'excès de pouvoir est d'ailleurs une création du Conseil d'Etat : elle ne doit rien d'essentiel aux traditions judiciaires. Ainsi se comprend que la recherche de l'excès de pouvoir s'accompagne, si besoin est, de l'examen du fait.

Il n'y a pas lieu de s'étonner, après cela, que l'acte « de pure administration » soit sujet au recours. Car, en un premier sens, il est celui qui, n'ayant pas valeur de décision à l'égard d'un droit subjectif prétendu, ne fait pas obstacle au recours devant le juge compétent pour protéger ce droit, et rien ne s'oppose, sur le terrain des principes, à ce qu'un pareil acte soit examiné du point de vue du respect des règles objectives de compétence. Dans un second sens, l'acte purement administratif est celui qui échappe à l'emprise contentieuse, en suscitant des griefs que le contrôle juridictionnel est impuissant à relever ; mais, dans toute la mesure où celui-ci existe, il le supporte : le Conseil ne craint pas d'entreprendre à son endroit la vérification de la compétence.

La voie de recours destinée à assurer un pareil contrôle de régularité ne reçoit pas encore l'organisation que sa nature postule. Cela se voit à trois points de vue.

Tout d'abord le champ d'application du recours ne se limite pas aux décisions des *autorités* administratives, au sens qu'à aujourd'hui l'expression : la qualification des divers organes de l'administration est si incertaine que les décisions des juridictions de dernier ressort et même celles des juridictions de premier ressort sont du domaine du recours. Pratiquement, ce sont les préfets et les conseils de préfecture qui subissent le plus souvent la censure de l'excès de pouvoir. — En second lieu aucun doute n'effleure les juges du

Conseil sur la nature contentieuse du recours : il la possède, ni plus ni moins que tout autre. — Enfin les solutions de détail qui forment la théorie du recours n'offrent pas d'originalité : l'individualisation du recours à l'intérieur du contentieux administratif est tout juste amorcée.

Les questions de recevabilité le montrent déjà : l'idée d'une irrecevabilité à raison de l'existence d'un recours concurrent est ignorée ; — l'acte attaquant est, tout comme ailleurs, une décision exécutoire faisant grief, qui peut affecter la forme bilatérale ; — une catégorie d'actes qu'il est permis d'appeler « gouvernementaux » est déterminée d'après leur but et plus souvent leur nature et elle est réfractaire à l'examen de l'excès de pouvoir comme à tout examen contentieux.

Bien mieux : les traits sont multiples qui situent le recours aux antipodes de ce recours « objectif » que nous connaissons aujourd'hui. Le contrat est soumis à la vérification de l'excès de pouvoir aussi bien que l'acte unilatéral, et rien ne s'oppose à ce que de lui naisse l'excès de pouvoir, dans les cas où celui-ci prend sa source dans la violation d'une règle de fond. — L'instance se déroule entre de vraies parties : l'Administration, à qui communication est donnée du pourvoi, défend à titre de plaideur l'acte entrepris ; des tiers intéressés au maintien de l'acte produisent des mémoires en défense, et, lorsqu'ils ont fait défaut, ils sont reçus à former opposition. — Aucun soupçon n'existe qu'au profit des décisions d'annulation une brèche puisse être faite au principe de la relativité de la chose jugée.

On comprendra, dès lors, que manque le critère qui séparerait d'un contentieux « ordinaire » un contentieux « de l'annulation » : aucune restriction des pouvoirs normaux du Conseil ne s'observe en notre matière. La séparation des contentieux et ses conséquences ne se conçoivent donc pas.

C'est seulement par places que commence à poindre l'objectivité : l'acte réglementaire, qui par nature ne saurait intervenir *inter partes*, ne tarde pas à être attaquant ; — l'intérêt qui autorise à recourir est apprécié avec étroitesse, mais la justification d'un droit subjectif n'est pas exigée ; — enfin certains intéressés au maintien de l'acte sont reçus non comme défendeurs, mais comme simples défenseurs, « intervenant » en faveur de la décision attaquée.

4. Après 1852, l'inspiration à laquelle obéit le recours change. Son développement procède de la volonté arrêtée du Conseil d'imposer à l'Administration le respect de toutes les règles qui gouvernent son action : conception active, cette fois, grosse de progrès indéfinis, qui implique main-mise sur l'Administration, et qui résultait foncièrement de la volonté de reprendre le dessus sur les ministres. Mais à partir de 1862 une pensée politique s'ajoute à ce dessein administratif : le recours donnera une satisfaction substantielle aux aspirations libérales et fera ainsi fonction, selon le mot d'Aucoc, de « soupape de sûreté ».

Sous une pareille impulsion, le recours devient très tôt, et de plus en plus, un moyen puissant de tenir en tutelle les initiatives administratives. Avant 1862, c'est principalement du côté des ouvertures que s'effectue une forte avance. Après 1862, le progrès se poursuit dans ce sens, mais plus encore il porte sur la construction du recours : d'une certaine façon, c'est de ce moment que date notre recours pour excès de pouvoir.

Si l'on veut décomposer le mouvement continu par lequel l'excès de pouvoir élargit son domaine, on dira qu'il part de l'incompétence pour gagner le vice de formes, conquis en entier dès 1853, puis la violation de la règle de fond, assortie ou non de la violation d'un droit acquis et dont l'inclusion générale, effectuée vers 1864, provoque par la suite l'hésitation et la tentation de revenir en arrière, enfin le détournement de pouvoir, dont l'inclusion nette et consciente se fait attendre jusqu'à 1864. Il y a plus : poussant très loin l'examen du fait devant lequel il n'avait jamais reculé, le Conseil met au jour, dans les dernières années, des incriminations qui seront plus tard dénommées « absence de cause juridique », et même, à partir de 1862, mais sans s'y astreindre régulièrement, il redresse certaines appréciations de fait de l'Administration.

Sous une pareille poussée, la théorie de l'acte « de pure administration » s'amenuise progressivement : en son premier sens, malgré une résistance prolongée, elle est éliminée en 1866 ; elle est refoulée en son second sens, et dès 1862, jusqu'aux frontières du pouvoir discrétionnaire et, n'arrêtant plus l'examen de moyens proprement contentieux, elle finit par disparaître.

La différenciation de la voie de recours n'est guère sensible dans la détermination des autorités exposées au pourvoi. Car, malgré la présence des éléments qui entraîneront la scission et, pour les secondes du moins, l'inaugurent plus d'une fois, les juridictions de dernier ressort et même celles de premier ressort demeurent à notre époque encore sujettes au recours pour excès de pouvoir. — Mais à deux points de vue la différenciation est marquée. D'abord le Conseil croit tellement à l'originalité du recours qu'il construit qu'il est tenté de l'apparenter plus aux recours administratifs qu'aux recours contentieux. — Ensuite il le dote d'une théorie à part.

Une fois que les examens au fond du pouvoir administratif se sont multipliés, il prend l'habitude de renvoyer au juge compétent, s'il en est un, la question soulevée en déclarant la requête irrecevable ; dans les dernières années, la décongestion opérée ne lui paraissant pas suffisante, il fait parfois jouer la nouvelle fin de non-recevoir au delà des limites ainsi fixées, quelque larges qu'elles soient. Sans les excéder, il finit en particulier par édicter l'immunité des actes-soutiens.

La question de l'acte attaquant se signale par deux positions originales. D'abord, si matériellement le Conseil exige comme ailleurs une mesure arrêtée faisant grief, formellement il ne craint pas de s'attaquer au silence et au simple agissement. — Par ailleurs, si la délimitation du domaine « gouvernemental » s'opère, comme partout, d'après la nature de l'acte et de plus en plus rarement d'après son but, le contrôle de l'excès de pouvoir, à condition de le borner à la recherche de l'incompétence, s'étend aux actes de gouvernement.

Mais c'est surtout dans la voie de l'objectivité que le progrès est marqué. S'agissant de l'acte attaquant, on n'observe pas seulement la persistance de la recevabilité du recours contre le règlement : une tendance se forme à exclure l'acte de gestion du champ du recours. — Le requérant admis à se pourvoir est de plus en plus éloigné du titulaire de droit : il est invité seulement à justifier d'un intérêt personnel, assez proche de celui qui aura cours à la fin du siècle. — L'instance en excès de pouvoir ne se déroule plus entre parti³ : le ministre est appelé à donner un simple avis sur le mérite du pourvoi ; le caractère des mémoires en défense se dégrade au

point que finalement il n'est plus fait de distinction entre les « défendeurs » et les intervenants défenseurs de l'acte. — Réclamée désormais par la nature des choses, l'autorité absolue des décisions d'annulation s'établit sans qu'on y prenne garde.

A l'œuvre d'individualisation ainsi poursuivie, le couronnement fait pourtant défaut : la restriction des pouvoirs du juge à l'annulation n'est point encore acquise ; partant, le mélange dans une même requête de conclusions de nature diverse demeure admis. En outre, le recours conserve une certaine dose de subjectivité, du fait que le Conseil ne refuse pas invariablement de faire d'un contrat la source d'un excès de pouvoir ou l'objet d'un recours.

PREMIÈRE PARTIE

La période qui s'étend de 1815 à 1851

TITRE PREMIER

NAISSANCE, FONCTIONS ET ASPECT GENERAL DU RECOURS

SECTION I. — Naissance du recours

5. Pour déterminer avec sûreté le moment où se placent les origines du recours pour excès de pouvoir, la bonne méthode est de le considérer tel qu'il est aujourd'hui et de chercher à dégager ses traits à la fois les plus généraux et les plus essentiels. On en relève, croyons-nous, trois : 1° il se fonde sur un moyen susceptible d'une définition précise et donc d'une localisation parmi les moyens contentieux ; — 2° il est placé aux mains des seuls requérants : la censure qu'il est destiné à opérer ne peut être entreprise spontanément par l'organe qu'il saisit ; — 3° c'est dire qu'il est porté devant un organe de nature juridictionnelle ; mais en même temps, et parce que son intervention a des visées non seulement juridiques mais de bonne administration, cet organe fait figure d'une haute administration, superposée à l'autre, ou, si l'on préfère, revêt le caractère gouvernemental. — Cherchons alors à quelle époque ces trois traits se sont trouvés pour la première fois réunis.

6. Ce n'est pas sous le Consulat, ni même sous le I^{er} Empire.

Le Conseil d'Etat, qui vient d'être créé ou recréé, est très exactement cet organe gouvernemental que nous attendons. Ses membres sont les conseillers assidus et écoutés du chef de l'Etat ; c'est sur leur proposition qu'il prend les décisions importantes : les ministres et leurs bureaux n'ont alors qu'à pourvoir à l'exécution. Plus d'une fois, dans les arrêts, et jusque dans leur dispositif (voy. par ex. : 7 o. 1807, *hameau de Pré-l'Evêque*, R. L. I, 105), se retrouve une expression révélatrice de cette position d'administrateur supérieur : tel acte « est cassé ».

Pour une part, en effet, le chef de l'Etat rend en son Conseil des arrêts : l'organe a donc le caractère mixte que nous voulons rencontrer. Il l'a même à un haut degré, puisqu'à partir de 1806 il comporte une formation spécialisée dans la fonction de juger, entourée d'un collège d'avocats et régie par une procédure savante qui est restée en vigueur jusqu'aujourd'hui. — Ce juge (2) est d'ailleurs, en règle, un juge de *premier* en même temps que de dernier ressort : contre l'acte d'une autorité inférieure le recours peut être formé directement devant lui. Ce point capital pour notre propos a été établi jadis par HAURIU (Rec. Législation Toulouse, 1907, in p. 149-191) : l'effort constant du Conseil d'Etat impérial, réagissant contre des tendances invétérées et prenant appui sur les textes qui l'instituent, est pour dénier aux ministres le pouvoir juridictionnel et les confiner dans la fonction d'administrateurs.

Fixée par ces textes organiques dans les termes les plus larges (« résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »), sa compétence s'étend à toutes les réclamations formulées contre l'Administration pour une raison de droit et dont le jugement n'est pas abandonné aux tribunaux judiciaires. Faisant fond là-dessus et sur la qualité d'administrateur suprême du chef de l'Etat, le Conseil écarte les doutes que pouvaient faire naître les idées courantes sur la mission du juge (mais que peut-être, après l'expérience de l'Ancien Régime, elles ne faisaient pas naître) : aussi bien que sur les réclamations qui ont pour but d'obtenir une pres-

(2) Sur le caractère de cette justice, voy. toutefois n. 45.

tation de la part de l'Administration, qui, comme nous dirions, posent une question de « droit subjectif », il statue sur celles qui posent une question de « droit objectif » et tendent au simple redressement par voie d'annulation d'un acte administratif irrégulier. Et bien entendu, de ce chef, ne rencontrant d'autre limite que le respect dû à l'activité discrétionnaire des administrateurs, il prononce au nom de tous les moyens contentieux alors mis au jour : l'incompétence, le vice de formes, la violation de la loi (3) ou de l'autorité de la chose jugée (4), — si l'on tient à transporter ici l'habitude que nous avons prise de fractionner le contenu de notre excès de pouvoir moderne et si l'on place les articulations là où nous les plaçons.

7. Ainsi presque tous les éléments nécessaires à l'existence du recours pour excès de pouvoir sont présents. Mais le dernier manque. Non point que le terme « excès de pouvoir » (ou des expressions analogues : « a outrepassé ses pouvoirs, a excédé la limite de ses attributions », etc.) ne soit pas employé : mais il ne reçoit pas d'affectation spéciale. Il semble seulement destiné à souligner la gravité de l'irrégularité relevée, à traduire la sévérité dont est empreint dans l'espèce examinée le jugement du Conseil. Aussi son emploi n'obéit-il à aucune règle fixe, abstraitement formulable : non seulement tous les vices retenus — la violation de la loi ou de la chose jugée aussi bien que l'incompétence et plus aisément que le vice de formes — sont susceptibles de s'en voir faire application, mais en chacun d'eux il est impossible de délimiter une zone où l'irrégularité serait profonde au point d'atteindre à l'excès de pouvoir. L'excès de pouvoir n'est pas un moyen de recours : c'est une épithète (5).

(3) Expression d'origine judiciaire, qui se rencontre par suite chez les auteurs du temps et dans le texte qui organise la Cour des Comptes (L. 16 s. 1807, art. 17) ; son emploi ne nous paraît donc pas déplacé, quoiqu'elle soit destinée à n'entrer dans la pratique du Conseil que sous la Monarchie de Juillet.

(4) Mais point le détournement de pouvoir, dont l'originalité est insoupçonnée (23 al. 1807, *Diégo Dittner*, Sirey I, 86 ; 25 mai 1811, *héritiers Outin*, R. L. I, 277 ; 20 n. 1815, *Buhotel*, R. L. I, 592 ; et surtout : 5 jv. 1813, *Seuly*, R. L. I, 386.

(5) Un tel flottement dans l'usage et jusque dans le vocabulaire suggère l'idée que la notion vient d'être introduite tout récemment dans

8. Voici maintenant les arrêts sur lesquels sont assises ces conclusions (6).

L'incompétence y est régulièrement condamnée, qu'elle consiste dans un empiètement sur le pouvoir législatif (7) ou sur les tribunaux judiciaires (8) ou dans une incompétence intérieure à l'Administration : le plus souvent celle-ci naît d'un empiètement sur une autorité supérieure (9) ou sur une autorité égale (10). Et plus d'une fois l'incompétence reçoit le qualificatif d'excès de pouvoir (11).

Le mépris du point de droit jugé (12) et *la violation de la loi* (13) sont pareillement connus et sujets à l'appellation d'excès de pouvoir (14).

Enfin l'annulation pour *violation des formes* (en général, semble-t-il, et pas seulement des formes dites « substantiel-

la pratique judiciaire, puis administrative et tend à confirmer cette indication de M. WALINE (p. 237) que la notion et le terme même d'excès de pouvoir ont attendu jusqu'à la Révolution pour faire leur apparition dans notre Droit.

(6) Les références données dans le présent numéro sont toutes empruntées au t. I du recueil de ROCHE et LEBON.

(7) 16 frimaire an XIV, *préfet de la Sarthe*, p. 38.

(8) Très nombreuses décisions, surtout dans le domaine des questions de propriété : 28 mars 1807, *Dupuy-Briace*, p. 75 ; 1^{er} s. 1807, *Magnan*, p. 102 ; 22 jv. 1808, *Hours*, p. 113 ; 2 jv. 1809, *Desmarets*, p. 155 ; 15 jv. 1809, *Bardin*, p. 157 ; 29 al. 1809, *Matherat*, p. 178 ; 12 n. 1809, *Ichompneuf*, p. 203 ; 28 n. 1809, *comm. de Vauvey*, p. 205 ; 27 d. 1812, *Perrot*, p. 374 ; 1^{er} o. 1813, *de Jaucourt*, p. 482, — et des rapports du règlement d'eau administratif et du règlement d'eau judiciaire : 23 al. 1807, *Diego Dittner*, précité ; 25 mai 1811, *héritiers Outin*, précité ; 14 jl. 1811, *hab. de Montgard*, p. 285 ; 12 al. 1812, *Royre*, p. 337.

(9) 9 ventôse an X, *Fleury*, p. 11 ; 16 messidor an XIII, *Lapeyroterie*, p. 35 ; 16 frimaire an XIV, *Chartier*, p. 37 ; 18 at. 1807, *Haye*, p. 93 ; 15 n. 1810, *Dutilleul*, p. 245.

(10) 17 brumaire an X, *hospices d'Angers*, p. 8 ; 29 d. 1812, *Bizot*, p. 377 ; 3 jv. 1813, *Kertanguy*, p. 383 ; 19 jn. 1813, *Poustis*, p. 456 ; 6 s. 1814, *Clérisseau*, p. 526.

(11) 1^{er} s. 1807, *Lavocat*, p. 102 ; 14 jl. 1811, *hab. de Montgard*, précité ; 20 jn. 1812, *Bidard*, p. 351 ; 25 jv. 1813, *Pellerin*, p. 415.

(12) 7 thermidor an X, *comm. de Morbier*, p. 13 ; 27 d. 1812, *Perrot*, précité.

(13) 2^e jour complémentaire de l'an XII, *Rué*, p. 30 ; 16 messidor an XIII, *Lapeyroterie*, précité ; 18 at. 1807, *Delucenay*, p. 94 ; 29 al. 1809, *Félix*, p. 175 ; 28 f. 1810, *Coulombeau*, p. 214 ; 10 al. 1812, *veuve Delathe*, p. 336 ; 22 mars 1814, *Delamarre*, p. 518.

(14) Voy. pour le premier les arrêts *Lavocat* et *Perrot*, et pour la seconde les arrêts *hameau de Pré-l'Evêque*, *Perrot* et *Bizot*.

les ») est pratiquée (15) ; mais, sans doute parce qu'il est rarement choquant, ce vice ne reçoit que rarement la dénomination d'excès de pouvoir (16).

9. Or, à une date que nous allons essayer de préciser, mais qui, sûrement, est voisine de 1815, les choses changent. Le Conseil d'Etat baisse de pied (cf. HAURIU, Rec. Législation Toulouse, 1907, *in* p. 149-191) devant la prétention persistante des ministres à se constituer juges administratifs du premier degré. Il oppose l'irrecevabilité à tous les pourvois dirigés, serait-ce à seule fin d'annulation, contre l'acte d'une autorité autre qu'un ministre ou le chef de l'Etat, lorsqu'ils n'ont point d'abord été soumis au ministre compétent ; il les lui renvoie. Ce faisant, il le constitue juge ordinaire du contentieux administratif et il transforme sa propre juridiction en juridiction d'appel. — Pourtant, si telle est la règle, une exception se rencontre au cas où le recours direct argue de l'incompétence ou — nous verrons que c'est en principe tout un — de l'excès de pouvoir : celui-là n'est pas astreint à passer d'abord par-devant un ministre, le Conseil se reconnaît le droit d'en connaître en premier ressort.

Cette fois, le recours pour excès de pouvoir est né. Car nous ne tenons pas seulement un organe représentatif de la haute administration, empreint en même temps d'un caractère juridictionnel, qui attend pour exercer sa censure d'y être provoqué par les intéressés, — tous traits qui, à des différences de degré près, resteront désormais acquis au Conseil ; nous possédons le dernier élément que nous cherchions : un moyen de recours qui, vu le sort exceptionnel qui lui est réservé, ne saurait manquer d'être aussi consistant qu'étroit.

Maintenant, à quel moment exact cela s'est-il passé ? Il n'est pas possible de le dire : plusieurs années ont été nécessaires pour établir fermement la nouvelle doctrine, non pas tant parce que régnait dans les esprits une profonde confusion que parce que ce renversement des principes a été le terme d'une lutte d'influence prolongée entre le Conseil d'Etat et les ministres. HAURIU n'a donc pas eu tort de se prononcer, sans autrement préciser, pour les années 1815 à

(15) 14 j1. 1811, *hab. de Montgard*, précité.

(16) 4 j1. 1813. *Bertau*, p. 461 ; 1^{er} mars 1814. *Brucher*, p. 515.

1818 : jusqu'à ce moment, en effet, se rencontrent des arrêts qui statuent dans la donnée de la compétence directe du Conseil. Mais inversement, même en remontant très haut, on trouve des décisions qui annoncent la juridiction générale, à l'excès de pouvoir près, des ministres (19 mai 1811, *David*, R. L. I, 275 ; 29 d. 1812, *Bizot*, R. L. I, 377, dont le dispositif paraît destiné à masquer le contenu des motifs et à apaiser les susceptibilités) ; et dans les deux dernières années de l'Empire, le mouvement ne fait que s'accroître. S'il convient de faire coïncider en gros son achèvement avec la seconde Restauration, c'est qu'il repose sur l'élévation des ministres et l'abaissement corrélatif du Conseil et que ce double phénomène est caractéristique du retour des Bourbons au pouvoir : avec eux, le Conseil, vestige et symbole de l'omnipotence impériale, est traité avec suspicion et tenu à l'écart, les ministres au contraire s'installent en maîtres jusque dans le gouvernement (ne seront-ils pas bientôt les pivots du régime parlementaire dont ils vont favoriser l'apparition ?).

10. On jugera peut-être insuffisant le renvoi global aux arrêts que nous venons de faire. Reportons-nous donc aux auteurs de l'époque et aux décisions qui posent le principe du recours : nous y trouverons, en même temps que la confirmation de la position si originale occupée par l'excès de pouvoir, l'indication expresse de l'existence du recours.

Il n'est guère d'auteurs qui n'aient été frappés par cette possibilité désormais anormale d'un recours *omisso medio*, par cette dispense de l'instance préalable devant un ministre. C'est d'ordinaire à propos des arrêtés des préfets, et après avoir enseigné que le recours contre eux se porte en règle devant le ministre que la matière concerne, qu'ils mentionnent l'exception de l'excès de pouvoir : par leur position et par le nombre des recours qu'ils provoquaient, les préfets étaient en effet l'exemple-type de l'autorité dont on s'étonnait qu'elle pût être soustraite au contrôle du ministre. Ainsi procèdent, pour les suivre dans l'ordre chronologique, MACAREL (*Eléments*, 1818, t. I, p. 15), FAVARD DE LANGLADE (1823-24, t. 4, v° *Préfet*, n. XIII), MACAREL de nouveau (*Tribunaux*, 1828, p. 527-528), DE GÉRANDO (1^{re} éd., 1829-30, t. I, in p. 273-281), ROCHE et LEBON (t. II, 1839, p. 89, note 2), DE GÉRANDO dans sa deuxième édition (t. V, 1846, n. 2113). Dans le même

sens, on relève chez lui, en sa première édition (*ubi supra*), à propos de commissions spéciales et temporaires, cette expression significative : la « réserve naturelle et légale » du recours pour excès de pouvoir (17). (Voy. encore DE CORMENIN, 5^e éd., t. I, p. 27-28 ; DUFOUR, 1^{re} éd., t. I, n. 220 ; DALLOZ, t. X, v^o *Compétence administrative*, n. 325).

Cette réserve figure *in terminis* dans plusieurs arrêts, qui sont de la sorte les témoins de la présence du recours. C'est ainsi que, dès la Restauration, il en est (18 n. 18, *Egret-Thomassin*, R. L. II, 424 ; 18 jv. 26, *Bouis*, R. 14) qui posent ouvertement le principe du recours direct ; la formule de l'arrêt *Egret-Thomassin*, le premier de cette sorte dans l'ordre chronologique, est : « C'est devant nous et en notre Conseil d'Etat que doivent être déférés les actes administratifs attaqués pour incompétence ou excès de pouvoir ». D'ordinaire, pourtant, à ce moment, c'est sur la compétence du ministre que l'accent est mis, et la réserve de l'excès de pouvoir n'est faite qu'indirectement : « C'est à nos ministres, chacun en ce qui le concerne, qu'il appartient de réformer les arrêtés des préfets *compétemment* rendus » (20 n. 15, *Buhotel*, R. L. I, 592), ou encore : « Les arrêtés des préfets rendus *dans les bornes de leur compétence* ne peuvent être déférés directement à notre Conseil d'Etat » (29 jv. 14, *David*, R. L. I, 507). Le Conseil n'est pas en effet en situation d'exhiber ostensiblement l'attribution qu'il a retenue ; et d'ailleurs il n'a pas l'idée qu'elle soit susceptible de revêtir une grande portée. Il lui arrive parfois d'oublier qu'il la détient (4 at. 24, *Ferlus*, R. L. III, 512). — Après 1830, au contraire, il est plus à son aise ; il fixe sur sa prérogative une plus vive attention : d'indirecte la formule devient directe et elle revêt aisément une certaine ampleur : « Conformément à la loi du 14 octobre 1790, toutes les réclamations d'incompétence à l'égard des

(17) Qu'on ne croie point, d'ailleurs, que les auteurs se bornent à une pareille indication « pour mémoire ». Voici, à titre documentaire, les passages où ils consacrent au recours une mention à part, voire des développements spéciaux : DE CORMENIN, 3^e éd. (1826), t. I, p. 29-30 et 199-200 (cf. 5^e éd., t. I, n. IX, *in* p. 203-215), 4^e éd. (1837), t. I, p. 285 ; CHEVALIER, 1836, t. I, p. XXIII ; DALLOZ, *Rapport*, 1840, p. 114-115 et 128 ; FOUCART, 1843, t. I, n. 177 et t. III, n. 1794 ; DUFOUR, 1^{re} éd., t. I, n. 218-223 ; CHAUVÉAU, t. II, p. 280-283 ; DUCHESNE, chap. 6, § 3 ; F. LAFERRIÈRE, 2^e éd., p. 617.

autorités administratives doivent être portées au roi comme chef de l'administration générale » (24 at. 32, *Thévenard*, R. L. V, 206 ; et cf. ensuite : 24 at. 32, *Ministre de l'Intérieur*, R. 510 ; 4 f. 36, *de Saint-Didier*, R. L. VI, 267 ; 16 at. 43, *Le-moyne*, R. 454 ; 24 d. 44, *Cissac*, R. 678 ; 25 mars 46, *Turmel*, R. 177). De plusieurs arrêts il ressort que le Conseil, devant un recours formé *omisso medio*, a tout de suite la pensée de la présence possible du grief d'excès de pouvoir, qu'il lui plaît d'y faire allusion et de proclamer la certitude en ce cas de la recevabilité (13 al. 36, *Douche*, R. 167 ; 10 f. 43, *vi-danges d'Arles*, R. 67 ; 31 mars 48, *Meyronnet*, R. 152).

Il en vient de la sorte, pour tout pourvoi dont il est directement saisi, à doubler l'examen liminaire de la recevabilité d'un examen *préliminaire*, par lequel il s'interroge uniquement sur la présence du moyen d'excès de pouvoir. Ainsi s'explique cette affirmation, surprenante d'abord, qu'on rencontre dès à présent (CHAUVEAU, t. II, in p. 280-283 ; DALLOZ, t. XII, v° *Conseil d'Etat*, n. 144) et qui sera assez souvent reproduite entre 1852 et 1860 par le Recueil de LEBON : que, quel que soit son mérite, une requête en excès de pouvoir est toujours recevable. Il faut l'entendre d'une certaine recevabilité.

SECTION II. — Fonctions du recours

11. Quels motifs ont bien pu pousser le Conseil à retenir en matière d'excès de pouvoir une compétence immédiate ? Quelle signification attribua-t-il ensuite à l'autorité qu'il exerçait ainsi ? Double question à laquelle il n'est pas aisé de répondre. Qu'on ne s'attende point en effet à trouver un écrit où un membre du comité du contentieux, devinant la destinée réservée à la nouvelle voie de droit, aurait consigné pour la postérité ce qu'il savait des intentions du Conseil : ce serait supposer chez les jurisconsultes de l'époque une clarté dans les idées qui ne pouvait être leur fait et ce serait accorder à notre « logique de rétrospection » la confiance qu'elle ne mérite pas. Nos seuls recours sont de nous référer aux idées qui devraient être couramment acceptées sur l'organisation administrative et judiciaire, d'interroger la jurisprudence elle-même, en la prenant principalement du point de

vue des ouvertures, enfin de nous aider de la justification, toujours brève, que les auteurs donnent de cette jurisprudence (FAVARD DE LANGLADE, t. 4, v° *Préfet*, n. XIII ; CHEVALIER, t. I., p. XXIII ; DE CORMENIN, 5^e éd., t. I., p. 27-28, *ad notam* ; DALLOZ, *Rapport*, p. 115 ; F. LAFERRIÈRE, 2^e éd., p. 617 ; DUCHESNE, chap. 6, § 3 ; COTELLE, *Rev. Cr.* 1851, t. I, p. 373-384 ; VIVIEN, 2^e éd., t. I, p. 157).

La naissance du recours aux alentours de 1815 serait assez bien représentée comme suit : le Conseil a beau abdiquer en principe devant les prétentions ministérielles, il ne refuserait pas de conserver quelque chose de son ancienne juridiction directe. Justement, les attributions qu'il a exercées pendant le 1^{er} Empire l'ont amené à redresser de très nombreuses incompétences. Quel obstacle s'opposerait ici au maintien de sa situation ? Le grief n'est pas d'une telle ampleur que les ministres doivent se montrer ombrageux. Puis le Conseil est personnellement l'auxiliaire du chef de l'Etat, et celui-ci, qui siège au sommet sinon au-dessus de l'Administration, ne saurait se voir dénier le pouvoir de réprimer les incompétences de ses subordonnés, quels qu'ils soient. S'il en est besoin, on fera état de ce qu'il s'agit d'un véritable excès de pouvoir, dont la présence n'est pas tolérable et qui doit être au plus tôt et définitivement châtié par l'autorité suprême elle-même. — Et d'ailleurs quelle est désormais la position occupée par le Conseil ? Celle d'une Cour d'appel centrale, en général. Mais, puisqu'il est placé à la tête d'une des deux hiérarchies qui — on commence à s'en apercevoir — se font face, n'est-il pas désigné pour être en même temps la Cour de cassation qui manque dans l'ordre administratif ? Cette nouvelle qualité cadrera bien, sur le plan théorique, avec la perte qu'il subit de sa compétence en premier ressort et, pratiquement, la compensera pour une part. Et même, à y bien réfléchir, ne la possède-t-il pas déjà dans l'hypothèse courante de l'arrêté préfectoral qu'on lui demande seulement d'annuler, puisque pour peu qu'il se greffe sur un différend entre administrés cet arrêté est (voy. n. 16) une décision de justice ? Ainsi donc le Conseil sera Cour régulatrice, à l'imitation de la Cour de cassation judiciaire.

La signification qui se tirait de là au profit de la juridiction de l'excès de pouvoir s'est affermie avec le temps : jus-

qu'au début du II^e Empire, cependant, elle n'a pas fondamentalement changé. Le Conseil a mission de « réprimer » (le mot est chez tous les auteurs) la présence dans les actes administratifs de vices si graves, si choquants qu'ils appellent la sanction immédiate de l'autorité suprême. Il est le redresseur des torts les plus criants. Il définit l'excès de pouvoir d'après ce que nous appellerions volontiers « la théorie du scandale ». Par là il assure une certaine régularité de l'action administrative ; mais c'est nécessairement une régularité limitée. La persuasion qui se cache derrière cette conception de l'excès de pouvoir, c'est que le pouvoir hiérarchique suffit à faire régner la bonne tenue, à imposer aux administrateurs le respect des devoirs de leur fonction. La juridiction de l'excès de pouvoir est là seulement pour les cas révoltants. Plus tard, elle aura pour fin la correction administrative et, de proche en proche, elle fera prévaloir toutes les règles qui gouvernent l'institution administrative ; mais alors le Conseil définira l'excès de pouvoir : l'irrégularité, fût-elle peu grave, que l'administrateur tant soit peu diligent se devait de ne pas commettre, et prenant en mains le soin de régler la démarche de l'Administration, il commencera logiquement par les devoirs élémentaires de la fonction. A la théorie du scandale aura succédé — si l'on nous permet ce néologisme — « la théorie de la régulation ». Pour le moment, l'irrégularité prise en considération, ce n'est pas celle, même légère, que l'on est tenue d'éviter, c'est celle qui, par sa gravité, soulève la réprobation.

A vrai dire, la deuxième théorie commence à poindre le jour où l'application du recours s'étend aux délibérations des conseils généraux : contre elles, point de recours hiérarchique ; modifiant sa jurisprudence, le Conseil prend sur lui de traiter comme excès de pouvoir, pour qu'elles ne restent pas impunies, certaines violations de formes, c'est-à-dire le type même de l'irrégularité presque toujours exempte du caractère de gravité. Ce faisant, qu'il le sache ou non, il est sur le point de modifier son attitude : le recours deviendrait chargé, tout au moins par une fonction occasionnelle et subsidiaire, de promouvoir un minimum de moralité administrative, d'obliger les autorités à une diligence moyenne ; soit pour le remplacer soit pour le doubler, il rendrait les mêmes

services que le recours hiérarchique. — Mais, le premier pas à peine fait, le Conseil rebrousse chemin. Il semble que deux motifs l'arrêtent. D'abord les deux conceptions ne peuvent pas coexister : si l'excès de pouvoir est la faute grave, une faute légère ne peut jamais être qualifiée telle, et, s'il devient la faute simplement inadmissible, il n'est pas un cas où on puisse lui maintenir son sens restrictif. De cette incompatibilité les rédacteurs des arrêts ne prennent sans doute pas une conscience parfaitement nette. Mais ils la soupçonnent, et, emportés par le courant général, ils se persuadent que le cas admis dérive de la conception reçue : aussi, au lieu de le confiner dans les délibérations locales, ils dégagent sa formule et ils l'appliquent même aux décisions préfectorales. Jusqu'en 1851 la juridiction de l'excès de pouvoir reste axée sur la conception du scandale.

A côté de cette fonction dominante, elle possède d'ailleurs une fonction secondaire. De prime abord, elle apparaît instituée pour le bien de l'Administration ; le motif tiré de la protection des administrés, qui, aux yeux de certains de nos contemporains, est inscrit au fronton du recours moderne, n'est pas mis en avant. Cependant c'est simplement par un effet des idées régnantes : du temps de Louis-Philippe on n'est pas porté à prendre en considération l'administré individuellement ; ce qui compte, c'est la bonne marche de l'Administration ; et sans doute, on le concéderait, elle ne saurait trouver sa fin en elle-même : mais cette fin, c'est le bien des administrés pris en corps, anonymement, ce n'est pas le bien de tel administré pris concrètement. Moins encore est-il question de collaboration des particuliers aux tâches d'intérêt général : l'Etat entend avoir le monopole du bien public. N'empêche qu'en fait, voulu ou non, ce double résultat est atteint : dans la mesure que nous allons voir (n. 12), le fonctionnement du recours sauvegarde les intérêts des particuliers et les associe à une tâche publique. Du reste, à cette deuxième fonction on ne refuse pas, à l'occasion, un hommage (DE CORMENIN offre à cet égard un passage représentatif : 5^e éd., t. I, p. 203-215, n. XII, note 4) : le tout est de la laisser à l'arrière-plan.

SECTION III. — **Aspect général du recours**

12. Des origines à 1851, au point de vue de son importance réelle, tant doctrinale que pratique, le recours passe par trois phases successives, qui correspondent aux changements de régime politique, et qu'on peut décrire ainsi.

Le Conseil d'Etat de la Restauration, suspect à tous les partis politiques, envahi par les ministres et les conseillers extraordinaires, soumis dans son personnel supérieur à une révision annuelle, n'est pas enclin à l'audace. — Le chaos est tel au sein de ce qu'on appelle déjà le « contentieux administratif », les classifications en sont si absentes et le recours pour incompétence et excès de pouvoir est une attribution si modeste qu'il reste confondu dans la masse informe des « recours au Conseil ». Non pas qu'on ne lui accorde une pensée distincte quand se présente un pourvoi qui a négligé la juridiction du ministre : nous en avons vu des preuves (n. 10). Mais, cet instant passé, on l'oublie : il est absent des évocations d'ensemble du contentieux administratif auxquels arrêts et auteurs procèdent. L'idée ne point pas, du reste, qu'il postule dans son organisation des règles différentes de celles qui gouvernent le commun des recours contentieux. Enfin il est si peu l'instrument d'une censure établie que le Conseil n'ose pas l'exhiber à l'encontre d'une autorité imposante comme le Conseil royal de l'Instruction Publique, ou qu'il hésite longuement à l'appliquer aux conseils de révision, sous prétexte qu'ils statuent en dernier ressort. — Une pareille conception s'accompagne nécessairement d'un rendement très médiocre. Les requérants admis sont sinon des titulaires de droit subjectif, du moins des intéressés immédiats. L'examen de l'excès de pouvoir ne s'applique régulièrement qu'aux arrêtés des préfets et des conseils de préfecture. Il se limite à peu près à la recherche de l'incompétence.

Avec Louis-Philippe la position du Conseil change. L'entourage du Roi et la haute assemblée s'établissent, semble-t-il, dans une situation de mutuelle indépendance. Le caractère fictif du principe de la justice retenue devient d'autant plus visible que le Conseil est bientôt doté de ce qu'on considère comme les garanties essentielles du bon fonctionnement d'une juridiction. De nouveau un esprit entreprenant l'ani-

me. — Il fixe sans tarder sur le recours une attention assez vive pour l'inscrire dorénavant dans le schéma qu'il se donne de sa propre compétence : il le rattache à un texte législatif spécial. Mis en présence des conseils et des jurys de révision, des conseils de recensement, des conseils généraux, dont les décisions lui sont nouvellement déférées ou ont suscité de sa part de notables hésitations, il applique fermement le principe de la généralité du recours quant aux autorités. Enfin il ne craint pas d'étoffer un peu le moyen de l'excès de pouvoir en poussant une pointe dans les domaines de la violation de la loi et du vice de formes. — Par suite s'instaure sur les actes administratifs un contrôle qui n'est pas négligeable ; l'élargissement du cercle où se recrutent les requérants y contribue ; et, par leur origine, les actes entrepris donnent un spectacle plus varié.

La période de la Seconde République est trop courte pour introduire dans la portée pratique du recours un changement sensible. Mais elle mérite d'être distinguée à raison tant de la position nouvelle occupée par le Conseil que de l'extension qu'il amorce du côté des ouvertures. Il devient, dans l'ensemble, une seconde Chambre législative, et sa section du contentieux statue en qualité de tribunal indépendant. Pénétrée de ce caractère et sans doute impressionnée par quelques textes contemporains (voy. n. 21) qui, pour des juridictions, mettaient sur le même pied la violation de la loi et l'excès de pouvoir, elle n'affirme plus l'incompatibilité de principe des deux notions, sans pour autant d'ailleurs les fusionner ; car à cette jurisprudence un trop court délai est imparti (la justice déléguée ne devient une réalité qu'à partir du 1^{er} juin 1849) pour qu'elle contienne beaucoup plus que la consécration d'une tendance.

Ainsi, au terme de la première période, le recours s'est créé une place assez marquée au point de vue théorique comme au point de vue pratique ; il est loin cependant d'atteindre à l'importance hors de pair qui sera la sienne moins de vingt ans plus tard. La faute en est, en définitive, à ce que nous avons appelé « la théorie du scandale » : avec elle les bornes de l'excès de pouvoir sont promptement touchées, et les progrès du recours, qui doivent venir du côté des ouvertures, sont entravés.

13. Le tableau d'ensemble que nous venons de brosser trouvera au fur et à mesure sa justification par la suite. Trois points, cependant, doivent être dès à présent indiqués, qui en donneront une première confirmation.

1° Le premier a trait au nombre des recours.

Le *Compte général des travaux du Conseil d'Etat*, qui commence à paraître en 1835 et dont la publication se poursuit régulièrement jusqu'à 1845, donne les chiffres suivants pour les années 1830 à 1844 : 1, 1, 5, 20, 17, 15, 10, 8, 10, 8, 7, 4, 19, 11, 7. Pour les années suivantes, on trouve chez E. LAFERRIÈRE (2^e éd., t. I, p. 290), qui a dû les extraire des relevés succincts qui ont alors tenu lieu du *Compte*, les totaux suivants : de 1845 à 1848 85, de 1849 à 1851 90, — desquels résulterait une moyenne annuelle de 21, puis de 30 pourvois, et non de 8 à 10 comme précédemment. — Seulement les auteurs de ces statistiques, pour des raisons de doctrine ou de commodité, ont limité leur travail à une catégorie déterminée de décisions : ainsi, les auteurs du *Compte*, à celles des juridictions statuant en dernier ressort (voy. la note du tableau 3°), qu'il n'est du reste pas sans intérêt de dénombrer. L'étendue d'application du recours était en réalité bien plus vaste (v. *infra*, titre III, chap. I) : pour se faire une idée à peu près exacte du nombre des recours, force est donc de recourir à l'évaluation directe.

Nous n'avons été à même d'y procéder que pour les années postérieures à 1838 : nous avons vu les chiffres croître régulièrement et passer de 30 environ, à 50 environ et même un peu plus. Il est probable que depuis 1815 la même croissance continue était observable, sauf une accélération avec l'avènement de Louis-Philippe et la création des jurys de révision de la garde nationale : on aurait atteint à ce moment le chiffre de 20 pourvois par an, et l'on aurait commencé sous la Restauration avec un total annuel de 10 pourvois.

Voilà qui est pour corroborer ce que nous avons avancé au sujet du degré d'importance progressivement acquis par le recours pour incompétence et excès de pouvoir. Pour compléter la preuve, il faut rapprocher les nombres obtenus de la masse totale des pourvois jugés annuellement. Le *Compte* fournit à cet égard (1845, p. 3) les résultats suivants : de 1815 à 1828, 225, 381, 323, 352, 397, 370, 329, 423, 409, 415, 447,

499, 457, 607 ; de 1829 à 1839 (alors que le comité du contentieux est réuni à celui de législation), 433, 325, 313, 409, 535, 740, 786, 860, 730, 971, 711 ; de 1840 à 1844, 598, 599, 657, 726, 1.069. Enfin, pour les années 1848 à 1851, LAFERRIÈRE donne une moyenne de 600. — Non seulement donc le total annuel des pourvois pour excès de pouvoir reste en lui-même faible, mais, rapproché de l'ensemble des affaires, il représente au début une proportion de 1/20 seulement et il ne réussit pas sur la fin à atteindre celle de 1/10.

14. 2° Un second trait digne de remarque est l'apparition sous Louis-Philippe du visa d'une certaine « loi des 7-14 octobre 1790 ». — Jusque-là en effet les arrêts ont bien pu viser des textes applicables à l'espèce particulière qu'ils concernaient : ils n'ont jamais renvoyé à un texte général qui consacrerait l'existence du recours pour incompétence et excès de pouvoir. Bien mieux : une fois au moins (10 s. 17, *abbé de Siran*, R. L. II, 271), le Conseil a été mis en présence par un requérant de « l'article 3 de la loi du 7 octobre 1790 », et il n'a pas cru qu'il y eût un parti à tirer de ce texte : il l'a négligé dans ses visas.

Or voici qu'à partir de la première moitié de 1832 (18) il

(18) Les amateurs d'érudition demanderont sans doute à être renseignés sur deux points :

1° Quel est le premier arrêt qui invoque la loi des 7-14 octobre ? — La lecture suivie du *Recueil* pendant les six premiers mois de 1832 révèle à la date du 24 mars (p. 91) une décision *veuve Bouillet* qui prononce sur cette base l'annulation d'un arrêté préfectoral. Mais l'acte attaqué était sans doute de nature trop commune : le nouveau visa n'entre pas aussitôt dans la pratique contentieuse, car on le cherche en vain dans un arrêt *Estabel* du 23 avril (p. 205) rendu en matière d'excès de pouvoir. Il y fallait une circonstance plus frappante : elle est trouvée le jour où le Conseil statue sur quatre pourvois dirigés, pour la première fois, par les *préfets de la Seine et du Calvados*, contre des décisions de jurys de révision de la garde nationale ; les quatre arrêts reçoivent la date (qui est celle de la signature royale) du 15 juillet (p. 382). [Sur l'applicabilité du recours aux décisions de dernier ressort, v. n. 40 s.]

2° Où les rédacteurs de ces cinq arrêts sont-ils allés chercher ce vieux texte ? — La fréquentation des documents du temps suggère trois hypothèses : a) l'aurait pu retenir leur attention au moment où était jugée une affaire de conflit *Dellier* (2 mars 32, R. 66) : à la suite de l'arrêté de conflit, et sans doute parce qu'elle avait fait l'effet d'une trouvaille, l'arrêt inclut la loi de 1790 dans ses visas. L'indice, c'est que l'arrêt *veuve Bouillet* contient une incorrection (« vu la loi des 14 octobre... »), qu'il est interdit de mettre au compte du rédacteur très

s'installe comme texte de principe en matière d'excès de pouvoir. Que s'est-il passé ? Impossible de supposer qu'au Conseil on ait cru sincèrement à la valeur d'une « proclamation » législative qui n'était même pas une loi matérielle (voyez plutôt le cas qu'en font CHEVALIER, 1836, t. I, p. XXIII ; E. LAFERRIÈRE, *Rev. Cr.* 1876, p. 305-306 ; AUCOC, *des Recours...*, 1878, p. 20-23). La question est de savoir pourquoi auparavant on n'avait pas senti le besoin d'appuyer le recours sur un texte, pourquoi maintenant on éprouve ce besoin. Il se peut que l'accentuation du caractère juridictionnel, l'éloignement progressif du chef de l'Etat, rendant de plus en plus fictif le principe de la justice retenue, engendrent chez les rédacteurs des arrêts un sentiment d'embarras : pour exercer une autorité qui ressemble tant à celle d'un supérieur administratif, mieux valait l'ancien état de choses ; c'est AUCOC lui-même qui a suggéré (*eod. loc.*) cette explication, mais peut-être a-t-il prêté indûment au Conseil de la Monarchie de Juillet des réactions qui auraient été celles du Conseil du Second Empire. La raison principale, sinon exclusive, se trouve ailleurs. Elle se laisse deviner lorsqu'on observe que le visa de la loi de 1790 n'accompagne pas comme aujour-

soigneux du *Recueil* (d'autant mieux qu'à ce moment on désigne la loi par une seule de ses dates) et qui pourrait provenir d'une transcription inattentive de l'arrêt *Dellier*, où deux lois étaient visées à la suite ; — b) il avait pu rester dans la mémoire d'un lecteur de l'*Autorité judiciaire en France* d'HENRION DE PANSEY : car, en un passage où il supposait une irrégularité qui, aux yeux d'un membre du Conseil, était précisément constitutive d'excès de pouvoir, cet auteur avait eu l'idée d'invoquer la loi de 1790 (3^e éd., 1827, t. II, p. 318) ; — c) voici cependant l'origine la plus probable : en 1831 est enfin achevée et très probablement rendue largement publique (nous n'avons pourtant pas réussi à en trouver la trace) une œuvre, entrée dans une phase d'élaboration active depuis 1824, qui consistait à rassembler et à classer les textes réglementaires et sans doute aussi législatifs des périodes révolutionnaire, consulaire et impériale. Magnifique instrument de travail pour les membres du Conseil ! Leur attention devait être particulièrement attirée par une septième division, intitulée « des objets qui sont dans les attributions du ministère de la Justice », où une section trois traitait de l'organisation et des attributions du Conseil d'Etat ; et à cet endroit pouvait fort bien figurer, en vertu de l'interprétation dont HENRION DE PANSEY avait donné le modèle, et quoiqu'elle ne nommât pas le Conseil d'Etat, la loi de 1790. (Les renseignements qui précèdent sont extraits d'une compilation parue en 1832 sous le titre *Bibliothèque choisie des livres de droit* [p. 380-383], qui est la 5^e édition par DUPIN aîné du t. II de la *Profession d'avocat* de CAMUS.)

d'hui (19) la quasi-totalité des arrêts rendus en matière d'excès de pouvoir : il s'instaure (voy. la note 18) dans des affaires où il est statué sur des décisions de jurys de révision de la Garde nationale, lesquels viennent d'être créés ; il se maintient par la suite dans ces mêmes affaires et dans celles, toutes proches, où sont examinées des décisions de conseils de recensement de la Garde nationale, soumises à l'appel devant les jurys ; il apparaît enfin pour les délibérations des conseils généraux (dès les premières espèces : 12 al. 43, *commun. de Combiers*, R. 164 ; etc.), pour les arrêtés de gouverneur colonial en conseil privé (9 d. 45, *élections municipales de Fort-Royal*, R. 520), pour un acte qualifié dans les observations du ministre de « règlement d'administration intérieure » (22 mars 33, *Dailly*, R. 174). Au contraire, lorsque la décision déferée est une ordonnance, lorsqu'elle émane d'un ministre, d'un préfet, d'un maire ou d'un conseil de préfecture, le visa est absent. Qu'est-ce à dire, sinon que le Conseil s'en sert pour asseoir sa juridiction dans les cas où elle n'est pas encore assise, pour affirmer son existence là où elle n'a pas encore été affirmée ?

Mais, si l'on cherche à aller au fond de ce changement d'attitude, voici ce qu'on trouve : c'est sous le gouvernement de Juillet seulement que le Conseil prend de l'existence du recours pour incompétence et excès de pouvoir une conscience assez nette pour avoir idée de fonder ce recours sur un texte et pour appliquer, ensuite, sans hésiter le principe, certain dès l'origine, de sa généralité quant aux autorités qui y sont exposées ; avant 1830, au contraire, nous le verrons (n. 43) à propos des conseils de révision, ce principe ne s'imposait pas et la porte était restée ouverte à des discussions déplacées. D'une époque à l'autre, il y a une différence dans le degré d'attention accordé au recours.

15. 3° Un dernier trait remarquable est l'emploi très fréquent à notre époque des mots « recevable », « recevabilité » là où nous attendrions ceux de « fondé », « justification au fond ». Presque toujours les arrêts de rejet sont ainsi conçus : « Considérant que l'acte attaqué ne contient aucun ex-

(19) Du moins avant l'abrogation de ce texte par la loi du 18 décembre 1940.

cès de pouvoir ; que dès lors le recours n'est pas recevable », — rédaction d'autant plus surprenante que la distinction des deux notions remonte au moment de la création de la commission du contentieux et se retrouve en bien des arrêts avec une parfaite netteté (voy. par ex. 18 n. 18, *Egret-Thomassin*, R. L. II, 424).

La première idée qui vient à l'esprit, c'est que, le recours posant (voy. n. 10 *in fine*) d'abord et nécessairement, à raison de sa situation exceptionnelle, une question de recevabilité au premier stade qui porte sur le motif de la requête, le Conseil a l'impression, lorsqu'il en examine un, de ne pas sortir du champ de la recevabilité : il confond les deux questions de la présence du grief d'excès de pouvoir et de la présence du vice d'excès de pouvoir. L'explication est toutefois insuffisante, car elle ne rend pas compte de la disparition progressive de la rédaction que nous considérons, et en effet elle ne dit pas pourquoi le juge ne prend pas garde qu'il traverse des domaines différents. — La raison dernière, c'est qu'initialement le Conseil n'institue pas, pour rechercher l'excès de pouvoir, un examen assez attentif pour se rendre compte de la présence et de questions de recevabilité et de questions de fond. Le jour où il voue au recours une attention suffisante, il s'aperçoit que son examen se situe sur plusieurs plans et, pour la première fois peut-être le 22 mars 1833 (*Dailly*, R. 174), il s'interroge « au fond » sur la compétence d'un ministre. Dans les dernières années de notre période, la tournure que nous avons relevée tombe en désuétude.

Ayant ainsi marqué les traits généraux qui caractérisent avant 1852 la matière de l'excès de pouvoir, nous chercherons à en donner une image plus détaillée en étudiant en deux titres distincts l'étendue des moyens d'annulation admis et la structure donnée à la voie de recours. Ce plan n'offre pas seulement l'avantage de créer deux parties à peu près équilibrées. Il paraît le plus indiqué dès qu'on veut donner une description un peu intime de la juridiction de l'excès de pouvoir ; car celle-ci se développe essentiellement en deux sens différents : d'un côté le juge marque le point jusqu'où s'étend son investigation à l'intérieur des actes administratifs ; de l'autre il aménage la voie de droit qui conduit à cette inves-

tigation, déterminant les conditions d'accès à son prétoire et fixant la vertu de sa décision.

SECTION IV. — Du domaine assigné aux décisions contentieuses de l'Administration

16. Pourtant, avant de quitter les généralités, nous devons arrêter un instant notre attention sur une question qui, toute spéciale qu'elle paraisse, réclame dès à présent une mise au point, car nous la retrouverons ensuite à chaque pas. C'est celle de savoir comment s'opère la séparation entre le contentieux et le non-contentieux.

La première impression est que le champ du contentieux est énormément vaste, tant au point de vue des autorités intéressées que des décisions prises par elles. Le langage concordant des auteurs (MACAREL, *Eléments*, t. II, p. 230 ; FOUCART, 3^e éd. t. III, n. 1793) et des arrêts (21 f. 14, *société de la Hestre*, R. L. I, 512) nous apprend, par exemple, qu'un décret de concession de mine *juge* les prétentions qui se sont fait jour au cours de l'instruction ; SIREY enseigne (n. 241) que les seules décisions ministérielles susceptibles de « recours à la justice supérieure » du Conseil d'Etat sont celles qui ont « l'effet de la chose jugée ». Qu'on ne dise point qu'il n'y a là qu'un cas particulier ou l'emploi d'une simple métaphore. Le passage suivant, où SIREY fait la synthèse de la jurisprudence acquise en 1818 (n. 203 et 204) et auquel correspond la pratique contentieuse pendant toute notre période, nous détrompera : « ...Les décisions des préfets et des ministres... en matière contentieuse sont bien réellement réputées décisions de justice préfectoriale ou ministérielle... Le Conseil d'Etat juge réellement, sur appel, du mérite de toute espèce de décision de justice administrative, soit qu'elle ait été rendue par un conseil de préfecture (20), soit qu'elle ait été ren-

(20) Qu'on ne s'imagine point en effet que la situation de ces conseils est appréciée d'après des données différentes de celles qui servent pour les autres organes de la jeune Administration, qu'ils représentent aux yeux de tous des juridictions administratives distinctes des simples « autorités », pour employer *notre* terme. Le docte HENRION DE PANSEY consacre tout un long développement (*Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, 1810, in chap. XII) à se demander s'ils sont de véritables tribunaux et conclut qu'effectivement ils le sont et « appartiennent à l'ordre judiciaire » !

due par un préfet, soit qu'elle ait été rendue par un ministre ».

Ce n'est pas à dire que le Conseil n'ait un vif souci de marquer les bornes du contentieux. Bien au contraire. Ses décisions le révèlent fréquemment, et dès le début (17 brumaire an X, *hospices d'Angers*, R. L. I, 8 ; 16 messidor an XIII, *Lapeyrolerie*, R. L. I, 35 ; 24 mars 1819, *habitants d'Arboux*, R. L. II, 483) ; et l'un de ses familiers, parlant de sa volonté de tracer « la ligne de démarcation qui sépare l'action administrative du jugement en administration », déclare expressément : « Je sais que c'est le but de ses constants efforts » (MACAREL, *Tribunaux administratifs*, 1828, p. 113).

Où place-t-il donc cette ligne ? Tout simplement là où l'invitent à la placer les idées courantes sur le débat judiciaire, qui transparaissent dans les mots « contention », « contentieux » : il y a jugement quand la décision administrative intervenue départage des prétentions rivales, tranche un différend, — différend entre Administration et administrés dans le cas ordinaire, et tout aussi bien simple différend entre administrés dans le cas des administrateurs actifs locaux. MACAREL le suggère (*op. cit.*, p. 32 et 103) et les arrêts le confirment (4 mars 1809, *David*, R. L. I, 67 ; 19 jn. 1813, *Montcourt*, R. L. I, 456 ; 10 al. 48, *Bernard*, R. 163) ; l'un d'eux (10 jv. 27, *Gomart*, R. 25) emploie même des expressions particulièrement nettes : « le sieur G. avait été en cause en première instance, ...l'arrêté pris à son profit par le préfet..., [cet arrêté] nous ayant été déféré, le sieur G. avait intérêt à le défendre », et il s'agit d'un arrêté relatif à un déversoir qui motive une dispute entre usiniers.

Retenons donc qu'est contentieuse toute décision d'un organe de l'Administration prononçant entre parties adverses, sous-tendue par un débat entre elles. — Notre ignorance générale du Droit administratif de l'époque ne permet guère d'aller au delà de cet enregistrement de la jurisprudence. Pourtant, le passage de SIREY que nous reproduisons en partie contient une suggestion ; cet avocat « aux Conseils » nous apprend que c'est en se « familiarisant avec la jurisprudence du Conseil d'Etat » qu'il s'est « convaincu » que les décisions administratives en matière contentieuse étaient réellement traitées comme décisions de justice, que de lui-même il avait

d'abord penché vers une « théorie d'égards et de convenance » d'après laquelle « la justice administrative ne serait en aucun cas juge des opérations de l'action administrative ; elle ne serait juge que du mérite des droits froissés par l'action administrative ; et cela sans aucunement censurer ni blâmer la décision ou mesure de l'administrateur ». Il est probable que les membres du Conseil avaient eux aussi incliné vers de pareilles théories. Car comment auraient-ils échappé à la nécessité de s'expliquer leur propre autorité ? N'était-elle pas de nature judiciaire d'une part, et ne s'exerçait-elle pas d'autre part au centre même des corps administratifs ? Selon quel mode venait-elle donc s'appliquer à l'activité des administrateurs ? Une doctrine comme celle de SIREY, qui était plus proche de la vérité, dut leur paraître d'un maniement trop difficile pour être retenue. L'autre position était plus simpliste : ils l'adoptèrent et s'y maintinrent un demi-siècle durant.

TITRE II

ETENDUE DES MOYENS D'ANNULATION

17. Nous cherchons à déterminer l'étendue des moyens d'annulation admis par les arrêts où la question de la recevabilité du recours *omisso medio* est posée au regard du caractère choquant du vice allégué : le procédé pour aboutir, c'est de noter les divers sens qu'affectent le terme « excès de pouvoir » ou les expressions attenantes (« a dépassé la limite de ses attributions », etc.). En effet, à cause de la quasi-identité de sens des deux mots, l'excès de pouvoir n'est pas toujours nommé lorsque le grief invoqué est l'incompétence. Mais même pour ce vice il est toujours à tout le moins sous-entendu, car il est précisément destiné à signaler l'irrégularité assez choquante pour appeler la répression immédiate du chef de l'Etat (et cela dès le début : rapp. par ex. les trois arrêts *Oursin*, 4 jn. 16, R. L. II, 65, *Cheffontaine*, 7 at. 16, R. L. II, 98, et *Egret-Thomassin*, 18 n. 18, R. L. II, 424). Aussi est-il susceptible de s'appliquer à d'autres griefs, et pour eux il est nommé. Il est la pierre de touche de la juridiction que nous étudions (21).

(21) Pour bien comprendre le principe que nous posons ici, il faut savoir deux choses distinctes : 1° que la lecture des recueils révèle l'existence de quelques recours directs, dont la base n'est pas l'excès de pouvoir et nous est restée d'ailleurs inconnue, — 2° que pour l'instant, entre la voie du recours pour excès de pouvoir et le moyen de l'excès de pouvoir, le lien paraît indissoluble : voy. titre III, chap. I.

SECTION I. — Le moyen d'incompétence

18. Le premier point à marquer, c'est que toute incompétence forme un excès de pouvoir. Pour nous en rendre compte, décomposons le domaine que recouvre ce vice.

Encore que nous n'ayons pas d'arrêt à citer, l'empiètement sur le législateur appartient certainement à l'excès de pouvoir.

Touchant l'empiètement sur les tribunaux judiciaires, les exemples abondent. Ils sont surtout nombreux en matière de questions de propriété (25 jn. 17, *canal de Dalt*, R. L. II, 234 ; 22 o. 17, *Hamelin*, R. L. II, 275 ; 18 n. 18, *Roques*, R. L. II, 426 ; 10 jl. 22, *Rist*, R. L. III, 235 ; 31 jl. 32, *Boisson*, R. L. V, 194 ; 14 jn. 36, *comm. d'Apperville*, R. L. VI, 355 ; 9 jv. 49, *Bravais*, R. 30 ; 1^{er} f. 51, *comm. de Malay-le-Grand*, R. 75) et de portée des réglemens d'eau administratifs (20 n. 15, *Buhotel*, R. L. I, 592 ; 30 mai 21, *Gay-Lugny*, R. L. III, 65 ; 28 f. 28, *Jars*, R. 195 ; 20 f. 40, *Bourdil*, R. 48).

19 Enfin vient l'incompétence intérieure à l'Administration (29 at. 21, *Martin*, R. L. III, 110 ; 30 jl. 40, *Bouglier-Desfontaines*, R. 273 ; 9 jv. 43, *Chovelon*, R. 13 ; 4 jv. 51, *Aulet*, R. 11), quelque aspect qu'elle revête : le plus souvent c'est un empiètement sur une autorité de même rang (10 f. 16, *Guiltermin*, R. L. II, 3 ; ...24 mars 19, *habitants d'Arboux*, R. L. II, 483 ; 23 f. 20, *comm. de Beurre*, R. L. II, 657 ; 7 d. 25, *ministre de l'Intérieur*, R. 712 ; 16 f. 32, *hospices de Bordeaux*, R. L. V, 120 ; 5 d. 39, *comm. de Sargé*, R. 563 ; ...24 jv. 45, *de Brouilly*, R. 29 ; ...25 jv. 51, *Delaire*, R. 66), d'autres fois un empiètement sur une autorité supérieure (25 jn. 17, *canal de Dalt*, précité ; 29 at. 21, *Martin*, précité ; 22 jn. 43, *Guédon*, R. 285 ; 24 jv. 49, *de Colmont*, R. 67 ; 28 jn. 51, *Sapia*, R. 470), plus rarement un empiètement sur une autorité inférieure (23 jv. 20, *Conard*, R. L. II, 645 ; 16 jv. 28, *maire d'Eu*, R. L. IV, 272) ou même une incompétence négative (mais guère en dehors des décisions de jury de révision : 20 mai 42, *ministre de l'Intérieur*, R. 260 ; 19 al. 44, *jury de Bergues*, R. 239, — si ce n'est sur la fin : 21 al. 48, *Pluquin-Loiset*, R. 181).

20. Le second point à marquer, c'est que l'excès de pouvoir se limite, en principe, à l'incompétence, ou, si l'on pré-

fère, que l'incompétence exprime en entier la notion de l'excès de pouvoir : aux yeux des contemporains, cette irrégularité répond seule, *de prime abord*, à l'idée qu'on se fait de l'excès de pouvoir et à la fonction qu'on lui assigne. Ainsi l'entendent les auteurs (SIREY, 1818, n. 225, 227, 228 ; FAVARD DE LANGLADE, 1823-24, t. 4, v° *Préfet*, n. XIII ; DALLOZ, *Rapport*, 1840, p. 114-115 et 128 ; SERRIGNY, 1^{re} éd., 1842, t. I ; DUFOUR, 1^{re} éd., t. I, 1843, n. 218-225), notamment l'auteur anonyme d'une note au *Lebon* de 1846 (p. 70), qui, « après avoir recherché dans les monuments de la jurisprudence », constate que les mots « incompétence » et « excès de pouvoir » sont « à peu près synonymes » : et telle est bien la ligne suivie par le Conseil, soit qu'il restreigne délibérément le contenu de l'excès de pouvoir à l'incompétence (21 mai 23, *Bordage*, R. L. III, 364 ; 25 al. 28, *Janzé*, R. L. IV, 323 ; 28 f. 31, *Zœppfel*, R. L. V, 24 ; 23 o. 35, *Bugnet*, R. L. VI, 201 ; 8 s. 39, *ministre des Travaux Publics*, R. 495 ; 17 mai 51, *Doumas*, R. 356), soit qu'il marque la non-inclusion dans l'excès de pouvoir de moyens tirés d'un vice de formes ou d'une violation de la loi, c'est-à-dire des deux seules sortes de moyens, à côté de l'incompétence, qui, d'après l'analyse juridique du temps, permettent d'instituer la critique contentieuse de la régularité des actes administratifs (17 al. 22, *Bricon*, R. L. III, 192 ; 24 al. 32, *ministre de l'Intérieur*, R. 510 ; 30 jn. 42, *Lehoult*, R. 339) (22). C'est cette position privilégiée de l'incompétence par rapport à l'excès de pouvoir que met en valeur l'appellation dont font usage les auteurs et les arrêts eux-mêmes, et que nous avons conservée pour la période antérieure à 1852 : le recours pour incompétence et excès de pouvoir.

Toutefois il est des arrêts qui s'expriment comme si les deux termes répondaient à des idées différentes (23 d. 45, *Drouard*, R. 579 ; même date, *Vivent*, R. 597 ; 13 f. 46, *Doublé*, R. 77). Mais ils appartiennent à la fin de notre période, et à ce moment est acquise en jurisprudence une annexion

(22) Un élément de nature à renforcer cette jurisprudence est l'emploi fait du mot « excès de pouvoir » dans la matière des abus ecclésiastiques, où il semble bien qu'il désignait uniquement des incompétences (v. LABBÉ, th. 1898, p. 245-246).

partielle de la violation de la loi et du vice de formes : en s'appesantissant sur la notion d'excès de pouvoir, on s'est aperçu en effet qu'en certaines circonstances ces deux irrégularités sont susceptibles d'en contracter la gravité ; il en est résulté un mouvement d'expansion qui a dissocié jusqu'à un certain point l'excès de pouvoir de l'incompétence, et qui est du reste plus prononcé du côté de la violation de la loi que du côté du vice de formes.

SECTION II. -- De l'admission de la violation de la loi

21. Bien entendu, une opposition de principe apparemment irréductible sépare l'excès de pouvoir et la violation de la loi. Les auteurs le laissent entendre ou le répètent à l'envi, et deux d'entre eux (TROLLEY, t. V, n. 2113 ; DARESTE, *in* p. 220-226) en donnent cette raison que, la violation de la loi résidant d'ordinaire dans les motifs, le Conseil serait mis dans l'obligation d'examiner les motifs des décisions qui lui sont déférées ; et il est bien vrai que, pour l'instant, le seul énoncé de cette idée lui inspire une sorte de terreur sacrée (7 mars 34, *comm. de Compeyre*, R. 169 ; 31 jv. 38, *comm. de Housson*, R. L. VII, 22 ; 5 jl. 51, *Rouget*, R. 498). Mais la raison profonde ne se trouve pas là : même s'il se croyait autorisé à scruter les motifs des actes administratifs, le Conseil refuserait de faire de la violation de la loi la base d'un recours *omisso medio*, parce qu'envisagé d'ensemble, ce vice est dépourvu du caractère outrageant qui est inhérent à la notion d'excès de pouvoir ; un administrateur n'est pas justiciable du Conseil du chef de l'Etat pour avoir méconnu dans sa décision la règle qui en régit le contenu. Aussi le Conseil oppose-t-il une forte résistance aux requêtes qui voudraient l'amener à traiter comme excès de pouvoir l'inobservation d'une règle de fond, quelle que soit la forme sous laquelle elles se présentent.

Tantôt elles arguent d'une fausse interprétation ou d'une fausse application de la loi, et le juge des excès de pouvoir ou bien ne consent à instituer qu'un examen de compétence (6 al. 36, *élections de Ruffec*, R. 157 ; 25 at. 41, *de Brigode*, R. 473 ; 9 jn. 43, *ville de Vire*, R. 284 ; 30 jn. 43, *de Frontin*, R. 314) ou bien applique intentionnellement au moyen mis

en avant — en l'espèce, directement recevable par un autre canal — un mot ou une tournure qui ne tienne pas de l'excès de pouvoir (10 s. 23, *Guyot*, R. L. III, 404 ; 2 mai 27, *Claisse*, R. L. IV, 168 ; 2 jv. 35, *Mahé*, R. L. VI, 1) ou bien proclame sans ambages qu'on ne saurait trouver ici un excès de pouvoir (7 al. 46, *Piedfer*, R. 229 ; 18 jn. 46, *héritiers Bihl*, R. 339 ; 31 at. 47, *Malagré*, R. 620).

Tantôt c'est une violation caractérisée de la loi que les requêtes invoquent, et il ne leur est pas plus indulgent : ou bien il leur fait droit mais en déguisant la violation de la loi sous les apparences de l'incompétence (20 jv. 43, *Bourmizien*, R. 29) ou bien il limite son examen à la question de compétence (8 mai 22, *de Mussey*, R. L. III, 206 ; 23 at. 36, *Seymour*, R. L. VI, 413 ; 7 jv. 42, *Alban des Héberts*, R. 8 ; 23 d. 44, *Lallemand*, R. 668 ; 4 al. 45, *Barsalon*, R. 172 ; 18 al. 45, *Cassaing*, R. 198 ; 31 mars 47, *Balias de Soubran*, R. 175 ; 29 mars 51, *Audierne*, R. 221) ou bien il enserme l'examen de la violation de la loi dans une formule distincte de celle de l'excès de pouvoir (23 jl. 40, *Auerbacher*, R. 247 ; 18 at. 42, *Brunet*, R. 410 ; 23 mars 45, *Saint-Joseph d'Avignon*, R. 142 ; 12 mars 46, *Dulong*, R. 154).

Il est remarquable cependant que les séries d'arrêts qui précèdent ne débordent presque jamais sur les années postérieures à 1848. C'est le signe que, dès lors, il n'y a plus incompatibilité de principe entre l'excès de pouvoir et la violation de la loi. Certes la recevabilité directe n'est pas immédiatement pour autant accordée à tous les pourvois fondés sur une violation de la loi : nous en trouverons la preuve en étudiant la portée de l'« acte de pure administration ». Mais le Conseil est disposé à incorporer la violation de la loi dans l'excès de pouvoir. Seulement, faute de temps, il ne fait guère qu'affirmer une tendance ; le seul effet pratique de sa nouvelle attitude est une augmentation sensible du nombre des cas particuliers où la violation de la loi prend valeur d'excès de pouvoir : un exemple notable est celui des inscriptions budgétaires d'office. — C'est très probablement dans la nouvelle position qu'occupe la haute assemblée qu'il faut chercher l'explication du fait. Elle est devenue tribunal véritable, elle exerce une juridiction propre. Or d'une part des textes contemporains instituent sur des corps judiciaires,

en nommant l'excès de pouvoir, un contrôle qui s'étend jusqu'à la violation de la loi : l'article 90 de la Constitution du 4 novembre dispose que « les recours pour incompétence et excès de pouvoir contre les arrêts de la Cour des Comptes seront portés devant la juridiction des conflits », opérant ainsi un transfert d'attribution du Conseil d'Etat au Tribunal des Conflits, mais sans modifier la largeur des ouvertures à recours, qui depuis 1807 comprennent la violation des formes et la violation de la loi ; la loi du 3 mars 1849, « organique du Conseil d'Etat », crée en son article 46 un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre les décisions de la section du contentieux exercé par le ministre de la Justice devant l'assemblée générale, et elle le destine aux décisions « contenant excès de pouvoir ou violation de la loi ». D'autre part la même loi prévoit deux recours qui seront exercés par ce ministre devant la section du contentieux elle-même et qui semblent bien former le pendant exact du pourvoi dans l'intérêt de la loi et du pourvoi pour excès de pouvoir dont dispose le Gouvernement devant la Cour de cassation : or le premier est institué en termes généraux (art. 44) pour toute « décision sujette à annulation » d'une « juridiction administrative », alors qu'il semble bien n'avoir fonctionné jusqu'ici que sur la base de l'excès de pouvoir (14 n. 21, *ministre de l'Intérieur*, R. L. III, 136 ; 24 at. 32, *idem*, R. 510) ; quant au second, qui évoque irrésistiblement son modèle judiciaire, il est destiné en propres termes (art. 43) aux « actes administratifs contraires à la loi ». (Pour l'interprétation extensive au profit de l'excès de pouvoir de ces textes, voy. COTELLE, Rev. Cr. 1851, t. I, p. 373-384). Qu'on n'objecte pas que tous ces textes, qui concernent à peu près exclusivement des décisions de juridictions, ne constituent guère un point d'appui à l'encontre des décisions des « autorités » administratives, pour employer le vocabulaire moderne. Car, malgré les progrès dont témoigne précisément la nouvelle organisation, la distinction du contentieux et de l'administratif reste trop vague dans les esprits pour qu'on veuille restreindre ainsi leur portée ; ou plutôt la façon dont on la fait depuis le début du siècle (voy. n. 16) n'est pas résolument abandonnée, et elle conduit à considérer la juridiction de l'excès de pouvoir comme une juridiction de cassation qui s'applique au même titre

aux deux sortes de décisions. Du reste, dans la mesure où la distinction commence à affecter sa forme moderne et à inspirer les juges, elle ne saurait être ici un obstacle ; tout au contraire, car il y a bien moins d'audace à s'enquérir de la violation de la loi dans l'œuvre d'un administrateur, qui est tournée d'abord vers le bien du service, que dans celle d'un juge, qui a pour fin le respect de la légalité : le Conseil le sent peut-être obscurément.

22. Telle étant, dans la majeure partie de la période antérieure à 1852, l'exclusion de principe, elle souffre exception dans un certain nombre de cas. Il est pourtant deux autorités dont les décisions demeurent réfractaires à toute transfiguration de la violation de la loi en excès de pouvoir : ce sont les conseils de révision (7 al. 30, *Brené*, R. 183 ; 2 al. 49, *Dalloz-Furet*, R. 213 ; etc.) et les jurys de révision de la garde nationale (24 at. 32, *min. de l'Intérieur*, R. 510 ; 17 s. 38, *Bouvier*, R. L. VII, 198 ; 30 jn. 42, *Lehoult*, R. 339 ; 25 mars 48, *Hannecart*, R. 148 ; etc., sauf quelques très rares exceptions : 5 f. 41, *Truschler*, R. 47 ; 31 mars 47, *min. de l'Intérieur*, R. 168). Leurs décisions ont été en effet, avec une certaine insistance, déclarées par le législateur « définitives », « insusceptibles de recours » : le Conseil croirait reprendre leur œuvre en redressant les violations de la loi qu'ils ont commises. D'ailleurs la loi de 1837 qui l'y autorise expressément et spécialement vis-à-vis des jurys de la Seine le confirme dans son attitude générale. Il s'estimerait encore trop entreprenant à aller chercher des violations de formes : le contrôle de l'excès de pouvoir ne porte jamais ici que sur la question de compétence.

Mais, ce cas mis à part, il reste le cas général, et là l'excès de pouvoir s'incorpore un certain nombre d'irrégularités intrinsèques. Voyons de quelle manière.

23. Méfions-nous à cet égard de certains arrêts (1^{er} at. 37, *Patron*, R. L. VI, 591 ; 18 mai 37, *Avignon*, R. L. VI, 538) qui, en opposant le jugement « sur l'excès de pouvoir » et le jugement « au fond », donnent à penser que l'excès de pouvoir est cantonné dans le domaine des irrégularités extrinsèques : un examen plus attentif révèle que pour eux la question de fond est la question d'opportunité ou y confine et que l'un d'eux au moins situe l'excès de pouvoir dans le

contenu de l'acte et non dans son enveloppe. Il sert plutôt d'introducteur aux séries que nous allons voir.

24. C'est ainsi que la violation de l'autorité de la chose jugée constitue dès le début et régulièrement un excès de pouvoir ; devant lui toutes les autorités sont sur le même pied, préfet (26 at. 48, *demoiselle Pallix*, R. 548) ou représentant en mission (7 al. 24, *héritiers La Ferté*, R. 222), conseil de révision (21 jv. 29, *Brière*, R. 14) ou jury de révision (18 al. 35, *min. de l'Intérieur*, R. L. VI, 33 ; 15 jl. 35, *jury de Bernay*, R. L. VI, 161 ; 27 at. 39, *Hurault*, R. 484 ; 23 jn. 41, *Chebron*, R. 277 ; 7 f. 48, *Crosnier*, R. 79 ; 8 mars 51, *Bachelet*, R. 168), Cour des Comptes (28 jl. 19, *min. des Finances*, R. L. II, 550). — Mais justement l'ancienneté, la généralité de cette jurisprudence, la présence des conseils et des jurys de révision suggèrent que le Conseil n'est pas sensible comme nous à la parenté qui unit le mépris de la chose jugée et le mépris de toute règle de fond. La première a un caractère évidemment choquant (l'arrêt *La Ferté*, un des plus anciens, s'indigne de voir qu'on a « violé l'autorité de la chose irrévocablement jugée ») ; la seconde, dans son aspect général, en est dépourvue : ces deux constatations suffisent au Conseil et il ne cherche pas plus loin.

25. Une autre jurisprudence qui retient l'irrégularité de fond, cette fois sous la forme de la violation de la loi en général, est elle aussi de portée limitée : elle n'intéresse que les conseils de préfecture.

Fréquents après 1840, les premiers monuments s'en rencontrent dès 1818 : elle date donc de toujours. A regarder de près, il est vrai, certaines des espèces où elle est consacrée, on s'aperçoit que l'inobservation de la règle de fond peut y être présentée sous le jour de l'incompétence et condamnée par ce détour (ainsi, un conseil de préfecture qui rapporte son propre arrêté, — en même temps qu'il sort des limites de son pouvoir au fond comme toute juridiction, fût-elle de dernier ressort, — empiète sur la compétence du Conseil d'Etat, juge d'appel : 17 jn. 18, *Bergeon*, R. L. II, 365 et 26 at. 18, *Lucron*, R. L. II, 402. Voy. encore : 8 jv. 36, *Caron*, R. 1 ; 14 jv. 39, *min. du Commerce*, R. 53 ; 22 jv. 40, *min. des Travaux Publics*, R. 21 ; 4 jn. 41, *Pingat*, R. 220). Mais en d'autres cas aucun travestissement n'était possible, et

l'annulation est prononcée ou envisagée « pour excès de pouvoir » : ainsi en va-t-il pour une autorisation de plaider non requise (18 n. 18, *Roques*, R. L. II, 426), pour une condamnation régulière (8 f. 38, *Peccot*, R. L. VII, 27), pour une décision prise d'office (11 at. 41, *min. de l'Intérieur*, R. 428) ou *ultra petita* (8 jn. 42, *Maupuy*, R. 270) ou sur recours tardif (14 mars 45, *dlle Leigony*, R. 102), pour un relief de déchéance (20 d. 48, *Thévenet*, R. 704), pour une décision valant disposition générale et réglementaire (6 al. 50, *Messine*, R. 336), pour un empiètement sur les droits réservés à des parties contractantes (25 mai 50, *Adhémar*, R. 506). Toute violation de la loi est ici constitutive d'excès de pouvoir.

A cette jurisprudence spéciale il faut une raison spéciale. Elle ne saurait se trouver dans la nécessité de soumettre à un contrôle un organe qui en aurait été, sans cela, exempt, puisqu'en sa qualité de juge d'appel le Conseil peut reprendre toutes les irrégularités dont cet organe se rend coupable. Le Conseil semble plutôt avoir pris en considération, avec la médiocrité du personnel qui compose ces tribunaux, l'importance du rôle qui leur est virtuellement dévolu : il pressent qu'ils s'intégreront dans une organisation rajeunie de la justice administrative, où la juridiction de droit commun qui lui reviendra personnellement se conjuguera avec la compétence étendue qui leur appartiendra au premier degré. L'emploi fréquent du terme « excès de pouvoir » équivalait alors à un rappel à l'ordre particulièrement urgent.

26. En dehors du champ restreint où se meuvent les deux doctrines que nous venons de voir, l'excès de pouvoir, malgré l'exclusion de principe prononcée contre lui, s'annexe plusieurs contrées de la violation de la loi. Il le fait en respectant la donnée sur laquelle il repose : il s'installe dans les matières administratives où le mépris de la règle de fond apparaît assez scandaleux pour mériter une répression immédiate. Les principes demeurent saufs : son avance fait figure de dérogation localisée à une règle maintenue, par ailleurs, en sa généralité ; le Conseil tient le moyen, si besoin est, de rassurer ceux qui s'effaroucheraient de ses progrès, et peut-être de se rassurer lui-même. — L'ampleur acquise avec les années par l'excès de pouvoir est donc déterminable. L'excès de pouvoir n'est pas, dans la violation de la loi, un qualifi-

catif qui se montre ou se cache selon le caprice du jour. L'attitude du Conseil d'Etat impérial est définitivement révolue. Quand l'excès de pouvoir a pris pied dans un ordre de questions, il n'en déloge plus. A cette idée ne contredit d'ailleurs pas la présence dans les matières disputées d'arrêts rendus en sens opposés : elle s'explique non par l'habitude de statuer *in specie*, mais par l'incertitude où est le Conseil de l'orientation à donner ici à sa jurisprudence.

Mais de là suit que, pour décrire exactement la position du Conseil, force est de se borner à l'énumération des matières où une investigation de fond devient une recherche d'excès de pouvoir. Toute formule abstraite aurait le double tort de ne pas cadrer juste avec les cas retenus et de faire préjuger ceux qui l'auraient été par la suite si cette jurisprudence s'était perpétuée sous le Second Empire ; or elle procède non d'une conception préconçue dessinée d'avance, mais d'une appréciation directe émise au contact des questions, à mesure qu'elles se présentent. Mieux vaut encore, quand on ne peut faire autrement, désigner les séries qui s'offrent en usant d'étiquettes vagues.

Le premier mouvement de jurisprudence qu'on rencontre alors accole la violation d'un droit subjectif à la violation de la loi ; l'irrégularité est ainsi plus accusée : c'est peut-être pourquoi elle est retenue très tôt. Elle l'est s'agissant de retraits d'actes qui ont créé des droits acquis (24 d. 18, *Prioley*, R. L. II, 444 ; 23 jn. 49, *héritiers Baranger*, R. 351), d'atteintes à des droits contractuels (3 jn. 20, *Perret*, R. L. II, 693), de propriété (1^{er} mai 22, *Paran*, R. L. III, 199 ; 2 at. 26, *Curet*, R. L. IV, 77) ou proches du grade (14 d. 32, *Schonen*, R. 713), de radiations d'électeurs inscrits prononcées en dehors des délais (1^{er} at. 37, *Baudot*, R. L. VI, 597 ; 23 jl. 40, *Lenfant*, R. 255). — Observons que ce premier mouvement est localisé pour l'essentiel dans une période ancienne et tend ensuite à disparaître : il est composé d'arrêts qui ou bien admettent sans vergogne la violation du droit subjectif, alors que la théorie de l'« acte administratif » *primo sensu* va l'expulser de façon absolue, ou bien sont probablement plus sensibles à la violation de la règle qu'à la violation du droit subjectif et participent donc au moins autant des mouvements

suivants que de celui-ci. C'est une excroissance anormale et temporaire.

27. L'installation à demeure de la violation de la loi toute seule attend sensiblement le début de la période de Juillet. La lecture des arrêts convainc qu'un des facteurs de son introduction a été la plasticité extrême des expressions « compétent, compétence, il appartient » : combien de décisions s'annoncent comme instituant un examen de compétence et glissent, de façon quasi-imperceptible et sans doute non perçue de leurs rédacteurs eux-mêmes, de cette question, qui en toute rigueur de termes a trait uniquement à la répartition des pouvoirs de l'Administration entre les diverses autorités, à celle, toute différente, de l'étendue que présentent en leur fond ces pouvoirs administratifs !

Par un deuxième mouvement jurisprudentiel, le Conseil s'enquiert donc de la régularité intrinsèque de l'acte entrepris, mais pour prononcer le rejet de la requête.

Ainsi procède-t-il pour un alignement (22 n. 29, *Boisse-lot*, R. L. IV, 545, et sans doute aussi 18 at. 42, *Brunet*, R. 410), — pour des mesures de police des eaux (6 mars 35, *Desrioux*, R. L. VI, 68 ; 4 n. 35, *Petitclerc*, R. L. VI, 207 ; 23 at. 36, *Frévin*, R. L. VI, 412 ; 10 s. 45, *Viard*, R. 495 ; 25 mars 46, *Coutenot*, R. 171 ; 13 at. 50, *Bouveret*, R. 777), — pour des mesures de réglementation de la boulangerie (17 mars 35, *boulangers de Lyon*, R. L. VI, 72 ; 14 d. 50, *Rochais*, R. 928), — pour la décision de liquidation d'une banque à la Guadeloupe (1^{er} at. 37, *Patron*, R. L. VI, 591), — pour des mesures de police de la sécurité (21 d. 37, *veuve Masteaux*, R. L. VI, 656 ; 26 mai 42, *veuve Gérot*, R. 261 ; 21 al. 48, *Joly*, R. 183 ; 4 jv. 51, *Permiseux*, R. 8), — pour les convocations électorales prévues pour le cas de réduction des conseils municipaux aux trois-quarts de leur effectif (21 jl. 39, *élections de Mansle*, R. 396 ; 23 mai 44, *élections de Lam-balle*, R. 288), — pour la mise en réforme des officiers (27 at. 40, *d'Alençon*, R. 329), — pour une décision de police de la circulation (5 f. 41, *Férail*, R. 50), — pour le retrait d'un privilège théâtral accordé (14 f. 42, *Chevassus*, R. 56), — pour l'ordre d'entretenir des ouvrages de dessèchement (10 f. 43, *vidanges d'Arles*, R. 67), — pour la reconnaissance et fixation de largeur des chemins vicinaux (13 d. 45, *veuve Chap-*

zier, R. 558), — pour la décision d'un jury de concours (28 jl. 49, *Alard*, R. 437), — pour le transfert d'une personne administrative à une autre de l'administration de biens charitables (15 d. 49, *hospice d'Aubigny*, R. 686 ; 21 jn. 51, *hospices d'Arras*, R. 458), — pour les inscriptions budgétaires d'office (27 al. 50, *comm. de Benet*, R. 403 ; 23 n: 50, *ville d'Orléans*, R. 847) (23), — pour la censure de délibérations de conseil municipal offensantes pour des tiers (29 jn. 50, *comm. de Tombebœuf*, R. 620), — pour l'admission à concourir à l'entrée d'une carrière publique (5 jl. 51, *Rouget*, R. 498).

28. Enfin, par un dernier mouvement de jurisprudence, le Conseil fait porter son examen sur l'observation de la loi de fond pour annuler l'acte entrepris.

Il le fait pour l'ordre d'exécuter une décision juridictionnelle (30 mai 21, *vidanges de Tarascon*, R. I, 597), — pour la reconnaissance et fixation de largeur des chemins vicinaux (6 d. 36, *Lesage*, R. L. VI, 467 ; 11 al. 48, *Delpont*, R. 180) (24), — pour la réquisition d'extraction des matériaux (16 at. 43, *Lemoyne*, R. 454), — pour la dispense d'entretenir des travaux de dessèchement (9 jv. 46, *ministre des Travaux Publics*, R. 11), — pour des mesures destinées à faciliter la circulation sur un bras d'eau non navigable (12 mai 47, *Desgrottes*, R. 286), — pour les inscriptions budgétaires d'office (13 at. 51, *comm. de Montesquieu*, R. 615) (25).

29. La détermination des catégories de règles de fond qui sont sanctionnées par le moyen de la violation de la loi achève de fixer la portée de l'incorporation de celle-ci dans l'excès de pouvoir.

À côté des lois formelles, figurent les ordonnances (1^{er} at. 37, *Patron*, R. L. VI, 591 ; etc.), — mais non point les instructions de service : elles sont en effet trop liées à la phase de l'élaboration pour avoir la vertu de la *décision*, elles sont

(23) Remarquons que jusqu'à 1843 (9 jn., *ville de Vire*, R. 284) elles ont été des actes de pure administration.

(24) En 1843, un arrêt *Merlin* (6 jl., R. 354) voyait encore ici un acte de pure administration.

(25) Pour mieux juger de l'avance de la violation de la loi, le lecteur aura avantage à se reporter aux numéros 37 et 38 et à voir le terrain qui était occupé par « l'acte d'administration ».

de simples « actes de service intérieur » (18 f. 39, *Combettes*, R. 157) qui ne sont pas juridiquement obligatoires (cf. n. 48).

La décision particulière prise au préalable en vue de l'acte attaqué figure ici (2 jv. 35, *Mahé*, R. L. VI, 1 ; 17 mars 35, *boulangers de Lyon*, R. L. VI, 72), ainsi que la décision génératrice de droits acquis (24 d. 18, *Prioley*, R. L. II, 444 ; 23 jn. 49, *héritiers Baranger*, R. 351).

Enfin se rencontre le contrat (14 f. 42, *Chevassus*, R. 56 ; rpr. FOUcart, 3^e éd., 1843, t. III, n. 1793) : car (voy. n. 51) les règles qu'il pose sont évidemment obligatoires et, pour refuser de leur accorder la sanction au titre de l'excès de pouvoir, il faut commencer par avoir opéré au sein du contentieux administratif des divisions qui, pour l'instant, ne sont même pas soupçonnées.

SECTION III. — De l'admission du vice de formes

30. Sur le terrain des principes, la violation d'une forme ne constitue pas un excès de pouvoir. Les arrêts ne manquent pas où le Conseil marque son sentiment en limitant son examen à la compétence ou en réservant pour le moyen de violation des formes, autrement recevable, une expression différente de celle d'excès de pouvoir (4 at. 24, *Ferlus*, R. L. III, 512 ; 3 f. 30, *Dubras*, R. 50 ; 17 jv. 31, *Gardissal*, R. L. V, 4 ; 30 mai 44, *comm. de Dingsheim*, R. 312 ; 23 at. 45, *Barbier*, R. 453 ; 6 f. 46, *Tellier*, R. 73 ; 9 jn. 49, *de Carbon*, R. 335 ; 10 mai 51, *d'Inguimbart*, R. 348 ; 21 jn. 51, *Dauphin*, R. 461). — Cette résistance à vérifier au titre de l'excès de pouvoir l'accomplissement des formes est plus particulièrement caractérisée à l'endroit des jurys de révision (24 at. 32, *min. de l'Intérieur*, R. 510).

Elle s'explique aisément : le mépris des formes est, dans l'ensemble, une irrégularité trop bénigne pour se voir traiter comme excès de pouvoir. Sa gravité moyenne est encore plus faible que celle de la violation de la loi. Aussi présente-t-il plus d'inaptitude qu'elle à s'agréger à l'excès de pouvoir. Un compte-rendu fidèle de la jurisprudence ne doit s'attacher à lui qu'en dernier lieu. — De cette plus grande résistance du Conseil plusieurs signes existent. L'arrêt *Commune de Dingsheim* précité désannexe de l'excès de pouvoir un vice

de formes — le défaut de consultation des Communes intéressées par un conseil général statuant en matière de grande vicinalité — que les arrêts précédents avaient annexé et que les arrêts suivants réintégreront. — Les catégories de formes imposées à l'administration sont en petit nombre. Or en voici deux au moins qui apparaissent insusceptibles d'engendrer l'excès de pouvoir : la mise en adjudication des marchés (21 f. 45, *Giraud*, R. 80), la rédaction motivée des décisions juridictionnelles (30 jn. 42, *Lehoult*, R. 339 ; 12 mars 46, *Cartirade*, R. 138). — Il faut attendre jusqu'aux années 40 pour voir apparaître les premiers cas où sont retenus des vices de formes. — Ces formes finalement prises en considération ne sont pas plus de deux ou trois. Cela permet de dire qu'à notre époque l'excès de pouvoir comprend la violation des formes substantielles, si du moins l'on prend bien garde que cette expression est une pancarte propre à rappeler les cas d'inclusion, non à les faire deviner.

31. Quand on cherche à déterminer quels sont ces cas, on s'aperçoit qu'ils se répartissent entre deux courants, dont le plus ancien et celui qui porte le plus grand nombre de décisions est le moins attendu.

Il y a d'abord des cas où, sans violenter la conception originelle, en l'affinant simplement (ainsi qu'il advient pour l'admission de la violation de la loi), on juge choquants des manquements au respect dû aux formes : c'est celui de la juridiction, fût-ce un jury de révision, qui fait fi du droit de la défense (30 at. 42, *Thomas*, R. 435 ; 15 n. 51, *Pierquin*, R. 676), c'est encore celui de la juridiction qui statue sans avoir procédé à l'instruction requise (1^{er} jn. 50, *percepteur de Neuilly*, R. 514).

Mais il y a ensuite un cas qui s'accorde péniblement avec la donnée initiale. C'est celui du conseil général qui déclare de grande communication des chemins vicinaux, fixe leur direction et désigne les Communes appelées à contribuer aux frais de construction ou d'entretien sans avoir attendu la proposition du préfet, sans avoir consulté les conseils d'arrondissement et surtout sans avoir provoqué l'avis des conseils municipaux intéressés. La première fois (19 f. 40, *ville de Saint-Etienne*, R. 42) que cette irrégularité est retenue, il est très probable (cf. n. 42) que le Conseil est frappé de

l'inexistence à l'endroit de ces nouvelles autorités d'un contrôle hiérarchique susceptible d'être mis en mouvement par les administrés (rpr. SERRIGNY, 1^{re} éd., 1842, n. 240) : celui de l'excès de pouvoir en remplira l'office. Par là est imprimée à l'excès de pouvoir une impulsion qui diffère de celle à laquelle il obéit jusqu'ici et qui annonce celle qui l'emportera dans une quinzaine d'années : il est chargé de faire un sort aux irrégularités qui, sans être intolérables, ne sont pas admissibles parce qu'elles sont une faute certaine contre les devoirs de la fonction ; la fin qui lui est assignée est de faire prévaloir, dans leur ensemble, l'accomplissement de ces devoirs. Mais la haute juridiction s'aperçoit-elle qu'elle joue ainsi sur deux tableaux, qu'il va lui falloir délimiter le domaine imparti à chacun d'eux, sous peine de voir l'un expulser l'autre ? Cela est douteux. Et fût-il vrai qu'elle ait été en partie consciente et volontaire au début, cette manifestation d'esprit nouveau, cette percée est presque immédiatement recouverte par la vague du « scandale » et emportée par elle : on se persuade qu'il y a là une irrégularité choquante assimilable aux autres et, par conséquent, condamnable quelle que soit l'autorité qui l'ait commise. L'idée qui reste, c'est qu'il y a excès de pouvoir, au sens ordinaire du terme, lorsqu'une autorité quelconque prend une décision qui vise une collectivité indépendante (presque toujours une Commune ou son représentant normal, le conseil municipal) sans l'avoir préalablement, comme elle y était tenue, mise à même de faire connaître son sentiment. C'est cette idée qui, — éclore dans le champ des délibérations départementales en matière de grande vicinalité et se maintenant là avec son ampleur initiale (12 al. 43, *comm. de Combiers*, R. 164 ; 18 jv. 45, *ville de Bordeaux*, R. 26 ; 27 mai 46, *comm. d'Archignac*, R. 312 ; 29 jl. 47, *comm. de Bénévent*, R. 528 ; 30 at. 47, *comm. de Moëlan*, R. 616), — est transplantée ailleurs et conduit à l'annulation des inscriptions ou impositions d'office sans mise en demeure du conseil municipal (9 jn. 43, *ville de Langres*, R. 282 ; 27 f. 47, *comm. d'Etats*, R. 92), des démissions d'office de conseiller municipal sans consultation de l'assemblée sur la légitimité de ses absences (29 jl. 47, *Berchon*, R. 520), des déterminations de la part d'une Commune dans une dépense sans l'avoir consultée (15 jv. 49,

comm. de Morbiez, R. 31 ; 16 mars 50, *comm. de Tagnon*, R. 272), des modifications de circonscription ecclésiastique sans l'avis du conseil municipal (9 at. 51, *ville de Scheles-tadt*, R. 596).

Complétons le tableau de l'admission du vice de formes en relevant ces deux traits : le Conseil se réserve d'apprécier la façon dont une forme a été enfreinte pour voir si l'infraction présente un degré suffisant d'importance (28 jl. 49, *Alard*, R. 437), — il prend sur lui d'établir la preuve du vice de formes, attitude toute contraire de celle qu'il adoptera plus tard touchant le détournement de pouvoir (19 f. 40, *ville de Saint-Etienne*, précité ; 18 jv. 45, *ville de Bordeaux*, précité).

SECTION IV. — Limites et vue générale des moyens d'annulation

32. L'excès de pouvoir s'arrête ici.

Il ne s'incorpore aucunement le détournement de pouvoir, d'abord parce que ce vice aurait sans doute été jugé exempt de la gravité requise, et plus simplement parce qu'il suppose pour être isolé un état d'avancement de l'analyse juridique qui n'est pas celui du temps et ne se rencontrera qu'en 1864. Si de nombreux arrêts annulent des règlements d'eau pris dans un intérêt privé, c'est uniquement à raison de l'empêtement commis sur le domaine des tribunaux judiciaires (voy. un arrêt révélateur : 28 f. 28, *Jars*, R. 195) ; et ceux qui mettent au jour des cas caractérisés de détournement de pouvoir — l'emploi du pouvoir de police des théâtres pour assurer l'exécution d'un contrat (24 mai 33, *Millon*, R. L. V, 339), l'emploi du pouvoir de police extérieure au profit d'un particulier (18 jv. 44, *Poncel*, R. 35) (26), — ceux-là ne les jugent pas condamnables comme tels.

33. L'erreur de fait n'est pas davantage incorporée.

(26) Fourtant, dans ce dernier arrêt, qui accole à la constatation que la mesure prise ne contient pas d'excès de pouvoir celle qu'elle vise un intérêt public, on trouve peut-être un premier soupçon qui est à l'origine de la découverte du détournement de pouvoir, et il se relierait dès lors à la série de ceux que nous rencontrerons aux alentours de 1860.

Non point que le juge de l'excès de pouvoir considère que l'examen du fait lui soit interdit. DE CORMENIN (5^e éd., t. I, p. 27-28 *ad notam*), DUFOUR (1^{re} éd., t. I, n. 226) et DUCHESNE (chap. 6, § 4), qui l'ont assuré, ont fait une confiance induite à l'analogie du pourvoi devant la Cour de cassation et se sont trompés. Certes, les cas où l'examen du fait a été entrepris sont très rares. Mais cela ne tient pas à une raison de principe. C'est tout simplement que l'appréciation de la compétence ou de la violation de la chose jugée ne pose presque jamais de question de fait et que, s'il en va autrement de l'appréciation de la violation de la loi, encore faudrait-il qu'elle fût plus souvent accordée. La seule présence d'une décision *Desgrottes* (12 mai 47, R. 286), qui s'enquiert avec naturel de la largeur exacte du lit d'un bras d'eau et de l'existence d'un marchepied, suffirait à prouver que l'examen du fait n'est pas exclu par les principes, — si par ailleurs sa possibilité ne résultait évidemment de la confusion que nous verrons régner dans le domaine contentieux, de l'absence d'une théorie spéciale pour le recours pour incompétence et excès de pouvoir.

N'imaginons pas non plus que l'erreur de fait est exclue parce qu'elle se situe au-delà des bornes du contentieux. Ces bornes n'ont fait, jusqu'à présent, l'objet d'aucune reconnaissance. Les seuls points de vue desquels, au titre de l'excès de pouvoir ou non, le Conseil examine la régularité d'un acte sont ceux de la compétence, des formes, du respect de la loi de fond ; or ils sont loin d'épuiser le contenu effectif de la notion du contentieux : la haute assemblée le pressent peut-être, mais tout ce qui s'étend au-delà est pour elle une *terra incognita*. Elle pose, il est vrai, dans les termes que nous avons vus (n. 16), le principe d'une distinction entre la décision de justice et l'acte simplement administratif, et elle veut croire qu'elle a tracé ainsi la ligne de démarcation du contentieux et du non-contentieux. Mais, en réalité, cette distinction est déjà débordée, car les examens de régularité ne sont aucunement réservés aux décisions « contentieuses » des administrateurs ; les auteurs s'en sont bien aperçus, qui, pour sauver la face et sans s'apercevoir que de la sorte ils minent la théorie, répètent à l'envi, à propos de l'excès de pouvoir, qu'il suffit à rendre la matière contentieuse, la

décision attaquée fût-elle, de sa nature, gracieuse. Enfin la preuve de l'ignorance du Conseil nous sera administrée par le fait, quand nous le verrons, sous le Second Empire, chercher à tâtons les limites de sa propre compétence et rendre plusieurs décisions excessivement entreprenantes : la rencontre de l'erreur de fait ne l'intimidera pas.

Voici la raison toute simple qui lui dicte son attitude (7 al. 41, *de Sesmaisons*, R. 143) : l'erreur de fait est dépourvue de la gravité requise pour « constituer un excès de pouvoir ».

34. Concluons donc, pour énumérer distinctement les vices constitutifs d'excès de pouvoir, que, *de 1815 à 1851, ce sont, dès le début et essentiellement, l'incompétence et la violation de l'autorité de la chose jugée, — ensuite, au terme d'un effort qui n'aboutit qu'en des matières déterminées, la violation de la loi et même le vice de formes. L'excès de pouvoir est réfractaire à l'absorption d'autres moyens d'annulation.*

35. L'originalité de cette doctrine, son indépendance à l'égard des précédents judiciaires ne font pas de doute. Quel usage la haute assemblée a-t-elle fait, depuis sa création, de la notion d'excès de pouvoir ? Elle l'a puisée dans le vocabulaire commun des praticiens de l'ordre judiciaire, elle l'en a extraite, toute neuve, pleine de sève et d'indétermination ; et, tandis que la Cour de cassation s'appliquait à en exprimer le contenu et à en tracer les limites (WALINE, p. 238), elle en a fait un emploi aussi capricieux qu'étendu ; puis, vers 1815, elle en a fait la source du seul cas où elle conservait une juridiction immédiate qui fût fondée sur les principes : elle lui a imposé alors une restriction considérable, la ramenant sensiblement aux proportions de l'incompétence, — première et forte présomption en faveur de l'autonomie de sa conception, qui se renforce quand on constate que tout son effort, par la suite, a été de s'interroger sur la compatibilité d'une nouvelle irrégularité avec l'étroite donnée du début. — Pour passer de la vraisemblance à la certitude, il n'est que de rapprocher les deux définitions, la judiciaire et l'administrative. Elles ne coïncident pas. Si on les prend dans les premières années de la Restauration, c'est-à-dire quand chacune d'elles a déjà son noyau formé, on voit que l'excès de pouvoir judiciaire comprend (WALINE, p. 235-236) l'empiètement sur un autre pouvoir constitutionnel, les

atteintes très graves à l'ordre des juridictions (différence en moins avec l'excès de pouvoir administratif, qui admet toutes les incompétences), enfin la violation des règles fondamentales de la procédure (différence en plus cette fois, car l'excès de pouvoir administratif ne connaît pas pour l'instant le vice de formes). Avec les années, d'ailleurs, l'écart ne fait qu'augmenter, car l'excès de pouvoir judiciaire s'accroît du déni de justice et de la voie de fait, tandis que l'autre, qui effectue du côté du vice de formes un progrès analogue *pour une part* à celui de son voisin, avance surtout et largement du côté de la violation de la loi.

Cette divergence dans les jurisprudences, qui n'était sans doute pas fatale, s'explique néanmoins fort bien. Elle est d'autant plus frappante que toutes deux paraissent bien s'être inspirées d'une même « théorie du scandale ». Bien mieux : les conceptions générales du temps, par l'assimilation sincère qu'elles établissaient entre les décisions de justice et la majeure partie des décisions individuelles de l'Administration, étaient on ne peut plus favorables à un paralélisme, qui aurait signifié transcription par le Conseil d'Etat de la doctrine déjà développée de la Cour de Cassation. Mais la nature des choses (entendez : la matière sur laquelle travaillait chacune des cours) résistait, et c'est le mérite des juges du Conseil d'avoir agi comme s'ils le comprenaient, au point de paraître n'avoir jamais été curieux de connaître dans le détail la position occupée par leurs collègues. Car la distribution des compétences a, dans l'ordre administratif, une importance qui lui manque dans l'ordre judiciaire, où certaines incompétences sont « d'intérêt privé » ; et la violation de la loi est le propre de l'erreur judiciaire normale, alors que, perpétrée par un administrateur, elle peut être une faute de gravité insigne.

SECTION V. — Conséquence : étendue de la théorie des actes de pure administration (27)

36. Il convient de faire suivre l'étude des moyens d'an-

(27) Nous usons de cette expression très caractéristique et dont, pour cette raison sans doute, le souvenir est resté. Mais il faut savoir

nulation de celle de l'acte « purement administratif ». Car, dans une large mesure, son existence et ses dimensions résultent de l'étendue du contrôle de l'excès de pouvoir. C'est toujours la même question, que nous considérons à l'envers après l'avoir considérée à l'endroit : celle de la profondeur de l'investigation entreprise par le juge.

Marquons bien d'abord que l'acte de pure administration ne rend pas le recours pour incompétence et excès de pouvoir irrecevable (20 n. 15, *Lemoine*, R. L. I, 594 ; 21 mai 23, *Bordage*, R. L. III, 364 ; 23 o. 35, *Bugnet*, R. L. VI, 201 ; 4 s. 40, *comm. de Fons*, R. 369 ; 15 al. 43, *Delattre*, R. 166 ; 29 jl. 47, *Berchon*, R. 520 ; 19 jv. 50, *Saint-Prix*, R. 87 ; même date, *Papillon*, R. 73 ; 30 n. 50, *Mondot*, R. 885 ; 7 d. 50, *héritiers de Rohan*, R. 915 ; 21 jn. 51, *Dauphin*, R. 461 ; 15 n. 51, *Pierquin*, R. 676). Les arrêts procèdent de même façon qu'aujourd'hui : ils apprécient au nom de l'excès de pouvoir la valeur de l'acte attaqué, et, constatant qu'il est correct à ce point de vue et que dès lors est épuisée la vertu de l'action contentieuse, ils déclarent qu'il « n'est pas susceptible d'être déferé par la voie contentieuse ». Le Droit français n'a jamais connu une catégorie d'*actes discrétionnaires* qui auraient résisté à toute appréciation du juge. Il faut seulement convenir que l'expression employée est trompeuse : dire de l'acte examiné qu'il est « un acte d'administration non susceptible, etc. », c'est inviter à penser qu'il n'offre prise au contentieux par aucun côté. En réalité, cette tournure s'explique quand on considère l'étroitesse de l'examen de l'excès de pouvoir, le principal des examens qui peuvent être institués ici : à fermer la voie du contentieux à tous les autres griefs, nombreux et importants, qu'il peut susciter, c'est bien, en gros, de l'acte lui-même et non de tel de ses aspects qu'on décrète l'immunité (28).

qu'elle appartient surtout au langage des auteurs. Les arrêts l'inaugurent dans les premières années de la Restauration (20 n. 15, *Lemoine*, R. L. I, 594), en même temps qu'ils abandonnent celle d'« acte de simple administration » dont ils avaient fait emploi, avec la portée que nous allons voir, sous l'Empire (les derniers à l'employer sont : 24 mars 19, *habitants d'Arboux*, R. L. II, 483 ; 30 d. 22, *Prélat*, R. L. III, 304), mais ils lui préfèrent le plus souvent celle d'« acte administratif », « acte d'administration ».

(28) Certains arrêts, il est vrai, paraissent contenir une formule d'irrecevabilité absolue. Mais ou bien ils concernent un acte qui est

Nous comprendrons mieux l'étendue exacte de cette immunité en précisant les deux sens qu'affecte le terme « acte administratif ».

37. Pour les découvrir, remontons aux origines. La « pure administration » est une catégorie qui, sur des bases à peu près inchangées, sera connue jusque dans les dernières années du Second Empire, mais, avec la figure que nous allons lui voir, elle ne naît qu'entre 1815 et 1820. Seulement, elle se constitue à partir d'éléments préexistants. — Il y a d'abord (voy. n. 16) l'opposition des « questions contentieuses » et des « questions administratives » et la persuasion que l'administrateur juge lorsqu'il prend parti entre des prétentions opposées. — Il y a ensuite une théorie en vertu de laquelle, lorsqu'est invoqué un droit subjectif dont le Conseil n'est pas juge, la décision intervenue n'y a porté aucune atteinte, l'a entièrement réservé et laisse donc à l'intéressé la faculté de saisir le juge compétent (3 f. 13, *Ballice*, Sirey II, 265 ; 30 at. 14, *Potoine*, R. L. I, 524). — Il y a enfin une théorie des actes « administratifs », « de simple administration », « de haute administration », qui — la terminologie l'indique — est la source immédiate de celle qui va apparaître. Elle désigne en effet cette part de l'activité administrative qui se dérobe à l'étreinte du juge ; et comme, à l'époque, le Conseil connaît directement de tous les griefs de droit formulables contre un acte, la simple administration se confond, en principe, avec notre « pouvoir discrétionnaire » (22 jv. 1808, *Hours*, R. L. I, 113 ; 19 mai 11, *David*, R. L. I, 275 ; 29 d. 12, *Cavallo*, R. L. I, 379 ; 19 jn. 13, *Montcourt*, R. L. I, 456).

C'est avec ces matériaux que s'établit à partir de la Restauration une doctrine de la « pure administration » qui englobe sous une seule dénomination, — en transposant d'ailleurs la seconde sur un nouveau mode, — les deux doctrines que nous venons de voir distinctes. Si tant est qu'elle ne soit

en réalité gouvernemental (12 mai 24, *Allaux*, R. L. III, 472 ; 28 at. 27, *Vitu*, R. L. IV, 213) ou bien ils prennent l'expression « acte administratif » en son premier sens, et nous allons voir comment il exclut quelquefois jusqu'à la recherche de l'excès de pouvoir (29 jv. 39, *Gand*, R. 79) ou bien ils négligent le moyen d'incompétence pour ne s'attacher qu'à celui de violation de la loi (23 jl. 44, *sote de Lavaur*, R. 442 ; 21 jl. 49, *Lefèvre*, R. 417).

pas purement verbale, son unité, en un pareil instant, n'est guère voulue : elle est bien plutôt instinctive. Moins encore résulte-t-elle de l'institution du recours pour incompétence et excès de pouvoir, dont elle serait l'expression retournée : si telle est sa valeur dans son second sens, elle aurait pu revêtir le premier sans que ce recours eût vu le jour. Mais avec les années c'est bien lui qui devient le fondement premier de l'unité de la doctrine : envisagée d'ensemble, elle signifie en effet, qu'étant donné la portée de la juridiction directe du Conseil d'Etat — dont l'excès de pouvoir est la source principale — et le côté par lequel le requérant l'aborde, la décision attaquée échappe à la compétence de premier degré du Conseil ; aussi certains arrêts appliquent-ils conjointement à un seul acte les deux sens de l'expression.

De ces sens celui qui doit être considéré le premier est celui dont l'origine est la plus ancienne. Il affirme que, si l'acte considéré n'est pas attaquant au nom de droits subjectifs prétendus, c'est parce qu'il les a explicitement ou implicitement « réservés », qu'il ne leur préjudicie en rien, qu'il ne contient aucune « disposition attentatoire » (SIREY, n. 227) à leur endroit et que, par suite, il « ne fait pas obstacle » à ce qu'ils soient déduits devant le juge compétent, — juge judiciaire dans le cas ordinaire où le droit invoqué est un droit de propriété, ou encore s'il s'agit d'un droit né d'un testament, d'une convention privée, etc., juge administratif s'il s'agit de droits nés d'un marché de travaux publics, par exemple. Cette première acception paraît donc reposer sur la volonté du Conseil de ne pas empiéter sur les attributions d'autres juridictions, de ne se constituer à aucun degré juge des droits dont le contentieux et donc, pense-t-il, la protection ne lui sont pas commis. Et, si l'acte dont la théorie est ainsi construite reçoit finalement la qualification d'acte « administratif », c'est en vertu d'un rapprochement qui s'est un jour opéré avec la théorie de la « décision contentieuse » : un acte qui ne porte aucune atteinte à des droits privés est un acte qui ne statue pas sur eux, qui par conséquent est démuné de toute vertu « contentieuse » et se range dans la catégorie de « l'administration », au sens le plus précis du terme (voy. n. 16). — Ainsi caractérisé, il n'oppose évidemment aucune résistance à l'examen de l'excès de pouvoir.

D'abord il ne faudrait pas le traiter comme n'ayant pas valeur de décision : il est pourvu de la force exécutoire et c'est d'un point de vue bien délimité qu'il ne fait pas grief à l'intéressé. Seulement nous verrons plus loin que le domaine du recours ne coïncide pas exactement avec celui de la « décision exécutoire », au sens où nous l'entendons. Il n'en reste pas moins que, lorsqu'un acte « administratif » *hoc sensu* est déclaré accompli « dans la limite des pouvoirs » de son auteur, cela signifie non pas : « étant dépourvu de toute portée réelle, il rentre dans la compétence de cette autorité aussi bien que de toute autre », mais : « abstraction faite de son inefficacité à l'égard du droit privé invoqué, il constitue une mesure qui rentre dans les attributions de l'autorité qui l'a pris ». Maintenant, il est bien vrai que le recours pour incompétence et excès de pouvoir n'est jugé recevable que lorsqu'il s'avère que l'acte attaqué ne renferme point d'excès de pouvoir. Si l'acte n'en est pas exempt, l'irrecevabilité lui est opposée. Mais c'est par une violation certaine des principes et parce que le Conseil ne veut à aucun titre accorder l'annulation à un requérant dont le droit prétendument violé fait en réalité le fond de son opposition à l'acte : ce serait le plus souvent lui donner toute la satisfaction qu'il désire.

Sont, par exemple, déclarés administratifs dans le sens ainsi défini (29) : de nombreux actes de tutelle, qui forment la catégorie la plus fournie (20 jn. 16, *d'Hulleau*, R. L. II, 72 ; 10 jl. 22, *Rist*, R. L. III, 235 ; 2 f. 26, *ville de Marseille*, R. 50 ; 29 jv. 39, *Gand*, R. 79), — des actes de disposition ou d'envoi en possession d'immeubles (22 o. 17, *Hamelin*, R. L. II, 275 ; 29 jv. 39, *Ganne*, R. 90), — le décompte par un préfet d'une entreprise de travaux publics (1^{er} jl. 40, *Desgrand-champs*, R. 193), — la réglementation appliquée à une « usine » (15 jl. 42, *Oudot*, R. 360), — la déclaration de domania-lité d'un chemin (6 jl. 43, *Merlin*, R. 354 ; 17 jv. 46, *Haute-feuille*, R. 48 ; 19 jv. 50, *Saint-Prix*, R. 87), — la dissolution

(29) Les arrêts qui suivent n'ont pas tous été rendus sur recours pour excès de pouvoir ; peu importe : l'essentiel est que le pourvoi fasse fondamentalement état d'un droit subjectif que l'acte aurait méconnu.

d'une société de secours mutuels (18 d. 48, *Boisson*, R. 685), — le refus d'un préfet d'accorder à une maison neuve l'exemption de foncière (3 at. 50, *Frichon*, R. 732), — la mise en demeure qui précède une inscription d'office (laquelle aurait d'ailleurs été mieux caractérisée comme acte préparatoire : 23 n. 50, *ville de Chinon*, R. 846).

38. En un deuxième sens — simple transposition sur le ton du jour de la théorie de la « simple administration » — l'acte purement administratif est celui qui, attaqué dans sa régularité par des moyens que nous appellerions aujourd'hui de droit objectif, échappe à l'emprise du juge, parce que les griefs élevés contre lui se placent au-delà des bornes que le Conseil assigne à sa compétence directe. Le Conseil se charge en effet de poursuivre régulièrement l'excès de pouvoir, (qui consiste en l'incompétence), dans plusieurs cas le vice de formes, quelques très rares fois la violation de la loi (30) ; mais le réclamant qui entend aborder l'acte par un autre côté doit s'adresser au ministre intéressé. La qualification « administrative » de l'acte se prend donc, cette fois, non de ce qu'il est dépourvu de tout caractère contentieux, mais de ce qu'il suscite des griefs qui ne peuvent trouver à s'exprimer que dans la hiérarchie de l'administration active (31).

Il est permis de classer en trois groupes les arrêts qui offrent des exemples de ce deuxième sens.

Les plus démonstratifs, sinon les plus intéressants, déclarent l'acte « administratif » après avoir constaté qu'il est correct au point de vue de la compétence et, quand ces points de vue sont admis, du respect des formes ou de celui de la règle de fond, et en observant que « dès lors, il n'est pas susceptible d'être déféré directement par la voie contentieuse ». Ainsi advient-il pour la suspension d'un officier de la garde nationale (critiquable, du reste, même du chef des formes :

(30) On entend bien qu'il s'agit de deux juridictions du premier degré distinctes de celle de l'excès de pouvoir ; et c'est une question très obscure — que les déclarations contradictoires des auteurs ne permettent pas de résoudre — que de savoir dans quelle mesure exacte elles existaient.

(31) Les ministres sont donc envisagés ici comme administrateurs, et c'est un indice entre bien d'autres que le Conseil n'est pas toujours fidèle à sa conception du ministre-juge.

20 f. 35, *Léon*, R. 143), — pour les alignements individuels (qui comportent l'examen de la violation de la loi : 18 at. 42, *Brunet*, R. 410), — pour les délimitations fluviales (4 al. 45, *Barsalon*, R. 172). (Voy. encore : 21 mai 23, *Bordage*, R. L. III, 364 ; 14 d. 37, *comm. de Blangy*, R. 540).

D'autres, appelés à apprécier la régularité de fond de l'acte attaqué, se retranchent derrière l'impossibilité d'arguer *omisso medio* de la violation de la loi. Il en va ainsi s'agissant de la police des théâtres (12 mai 24, *Alleaux*, R. L. III, 472), — des révocations de fonctionnaires ou d'officiers ministériels, des exclusions de la Légion d'Honneur (19 o. 25, *Guérin*, R. L. III, 648 ; 20 d. 33, *Foucault*, R. L. V, 436 ; 22 f. 38, *Gérard*, R. 116 ; 11 d. 38, *de Saint-Hubert*, R. L. VII, 233 ; 9 f. 44, *Villard*, R. 70 ; 10 d. 46, *Maillard*, R. 535 ; 9 al. 49, *Cornibert*, R. 232 ; 27 al. 50, *Dyé*, R. 400 ; sur la fin le Conseil semble préférer tirer tout ce dont il est capable du contrôle de l'excès de pouvoir et, semble-t-il, du vice de formes, mais l'immunité au fond de la révocation n'en ressort pas moins : 29 jl. 47, *Berchon*, R. 520 ; 21 jn. 51, *Dauphin*, R. 461 ; 15 n. 51, *Pierquin*, R. 676. Remarquons d'ailleurs qu'en plusieurs de ces arrêts, à l'idée de pure administration se mêle, jusqu'à prédominer parfois, une idée d'acte gouvernemental ou d'acte judiciaire), — s'agissant de l'interdiction de défricher un bois (28 at. 27, *Vitu*, R. L. IV, 213), — des nominations de fonctionnaires (23 o. 35, *Bugnet*, R. L. VI, 201 ; 30 at. 43, *Loiseau*, R. 491 ; 6 s. 43, *Tripier*, R. 511), — des refus d'admettre aux adjudications (9 jv. 43, *Chovelon*, R. 13), — des inscriptions budgétaires d'office (9 jn. 43, *ville de Vire*, R. 284) (32), — du retrait de l'autorisation de l'article 291 C. pén. (23 jl. 44, *société des soies de Lavaur*, R. 442), — des renouvellements de conseils de fabrique (21 jl. 49, *Lefèvre*, R. 417). (Voy. encore : 14 jv. 39, *Deprats*, R. 37 ; 4 s. 40, *comm. de Fons*, R. 369 ; 20 mai 42, *bureau de bienfaisance de Tours*, R. 254 ; 11 mars 43, *Leclaire*, R. 128 ; 19 jv. 50, *Papillon*, R. 73).

(32) Rappelons-nous (voy. n. 27 et 28) qu'à la fin de notre période le contrôle du respect de la loi de fond est ici fermement institué, au nom de l'excès de pouvoir. Mais après 1852, et pour un temps, l'administration pure reprendra ses droits.

D'autres arrêts enfin dressent la fin de non-recevoir devant des discussions d'opportunité (20 n. 15, *Lemoine*, R. L. I, 594 ; 30 d. 22, *Prélat*, R. L. III, 304 ; 26 jl. 26, *David*, R. L. IV, 74 ; 26 d. 30, *canaux d'Aigues-Mortes*, R. 556 ; 14 jv. 39, *Mignon*, R. 54 ; 15 al. 43, *Delattre*, R. 166 ; 13 at. 50, *Bouvet*, R. 777 ; 30 n. 50, *Mondot*, R. 885 ; 7 d. 50, *de Rohan*, R. 915).

En définitive, puisqu'en son premier sens il souffre l'exercice de la juridiction de l'excès de pouvoir (et presque toujours *d'elle seule*), puisqu'en son deuxième sens il naît centralement d'elle et des limites qu'elle ne saurait franchir pour l'instant, l'acte de pure administration peut être considéré comme la traduction retournée de la juridiction de l'excès de pouvoir.

TITRE III

ORGANISATION DU RECOURS

39. Le premier trait à relever pour savoir quelle figure le le Conseil donne à la voie de recours qui déclenche le contrôle de l'excès de pouvoir est la possibilité de la saisine *omisso medio*. Nous l'avons déjà signalée (n. 9 et 10), mais, pour deux raisons au moins, il importe de la souligner.

D'abord l'opinion courante, aujourd'hui, est qu'elle n'a pas été admise dès le début. HAURIOU n'enseigne-t-il pas (11^e éd., p. 389) qu'elle est le fruit d'une « réforme réalisée en 1881 » (sans doute pense-t-il à l'arrêt *Bansais*) ? M. J. LAFERRIÈRE fait figure d'exception, lorsque, réfutant la thèse d'après laquelle l'exigence par la juridiction administrative suprême d'une décision préalable serait une survivance de la doctrine du ministre-juge, il fait état (Revista Drept Pub. 1930, p. 314) de ces « cas où le recours au Conseil d'Etat concernait l'un de ces litiges à l'égard desquels le Conseil... a possédé dès l'origine la juridiction du premier degré » et nomme le « recours pour excès de pouvoir par exemple ».

Ensuite les arrêts mettent une insistance visible à noter que le recours qui argue de l'excès de pouvoir est recevable « directement » (29 jv. 14, *David*, R. L. I, 507 ; 10 s. 17, *abbé de Siran*, R. L. II, 271 ; 20 f. 35, *Léon*, R. 143 ; 24 d. 44, *Cissac*, R. 678 ; 7 al. 46, *Piedfer*, R. 229 ; 31 at. 47, *Malagré*, R. 620 ; 4 jv. 51, *Aulet*, R. 11). De fait, la règle ne souffre pas d'exception, et le Conseil l'applique dans des cas notables : celui où la décision rendue est susceptible d'appel devant une juridiction de dernier ressort (12 mars 46, *Cartirade*, R. 138),

celui où le recours au fond ressortit aux formations administratives de la haute assemblée elle-même (comme il advient en matière d'autorisations de plaider : 8 jn. 42, *Maupuy*, R. 270).

Si le recours direct a une importance aussi essentielle, si l'excès de pouvoir ouvre une voie qui déroge aux règles ordinaires de la compétence, il paraît légitime de prévoir que cette voie fait l'objet d'une construction spéciale. Si l'on fait abstraction des cas textuels et de ceux qui s'accordent mal avec les principes proclamés, comme l'existence de l'appel au Conseil contre les arrêtés des conseils de préfecture, le mode normal de dévolution d'un litige à la haute assemblée est en effet l'appel dirigé contre la décision rendue au préalable, en première instance, par un ministre. Et, de fait, c'est bien l'opposition avec ce mode normal qui servira à rendre sensible l'originalité du recours fondé sur l'excès de pouvoir.

Mais ceci appartient à l'avenir. Pour l'instant, les juges du Conseil n'ont aucune idée que le recours pour excès de pouvoir réclame une construction à part. En tout point ou peu s'en faut, ils le traitent comme un recours contentieux semblable aux autres. Un détail bien significatif à cet égard est celui-ci : ils le font bénéficier de la dispense de frais édictée pour les recours en matière électorale, alors même qu'il serait dirigé contre un arrêté préfectoral, c'est-à-dire contre une décision à l'endroit de laquelle le pourvoi ne saurait être interprété comme un appel arguant d'un moyen d'excès de pouvoir (2 n. 32, *comm. de Grenade*, R. L. V, 230 ; 21 jl. 39, *élections de Mansle*, R. 396 ; 23 jl. 40, *Cheux*, R. 254 ; 8 mai 41, *Saladin*, R. 180 ; 14 mai 47, *Salles*, R. 303), et nous les verrons après 1852 suivre la même jurisprudence en matière fiscale. N'est-ce pas mettre en évidence non seulement qu'il n'existe aucune séparation entre un « contentieux ordinaire » et un « contentieux de l'excès de pouvoir », mais que l'opposition entre la voie de l'appel (ordinairement empruntée en matière électorale, puisque le recours y a lieu surtout contre des arrêtés de conseils de préfecture) et la voie de l'excès de pouvoir n'est pas sentie ? Ce qui prédomine, c'est, dans sa formule générale et mal définie, « le recours au Conseil », et sa réalité prévaut sur toutes les classifications qui peuvent commencer à se faire jour en son sein.

Le caractère inorganisé du *recours* pour incompétence et excès de pouvoir ressortira de l'étude des trois questions suivantes, à chacune desquelles sera consacré un chapitre : 1° A quelles autorités est-il destiné ? Nous verrons qu'il n'a pas encore trouvé son point d'application propre et qu'il joue même contre les décisions des juridictions, fussent-elles de premier ressort. — 2° Est-il de nature contentieuse ? Nous verrons qu'il possède cette nature dans l'exacte mesure où la possèdent tous les recours au Conseil. — 3° Comporte-t-il une théorie personnelle ? Nous verrons qu'il en est à peu près entièrement dénué et que pour l'ordinaire les solutions courantes lui sont appliquées.

CHAPITRE PREMIER

DE LA VOIE DE RECOURS OUVERTE PAR L'EXCES DE POUVOIR

40. Comme de juste, le Conseil n'éprouve aucun doute en face du principe de la généralité du recours quant aux autorités qui y sont exposées. Il parle à l'occasion, tout à fait largement, des « actes administratifs » (18 n. 18, *Egret-Thomas-sin*, R. L. II, 424), des « décisions des autorités administratives » (25 mars 46, *Turmel*, R. 177), des « réclamations d'incompétence à l'égard des autorités administratives » (24 at. 32, *min. de l'Intérieur*, R. 510).

Pourtant, cette proclamation faite dans l'abstrait ne l'a point empêché de manifester de sérieuses hésitations lorsqu'il s'est trouvé pour la première fois en présence de certaines autorités, et il est déjà instructif de voir à travers quels embarras la règle de la généralité s'est trouvée finalement justifiée. Mais une énumération détaillée des autorités contre lesquelles le recours a été en fait dirigé aura cet autre avantage de nous familiariser avec son fonctionnement pratique. Enfin — et nos développements antérieurs (n. 16) le laissent déjà entendre — le mot « autorités » n'est pas pris ici dans le sens étroit que nous lui avons conféré depuis lors ; il englobe d'authentiques juridictions, et l'énumération qui va suivre servira d'amorce à la considération de ce point capital : que le recours joue même contre les juridictions.

Le cadre dans lequel nous allons l'insérer fait quelque violence aux conceptions du temps, — à celles du début, certes, qui ignorent tout d'une répartition ordonnée des organes ad-

ministratifs, mais aussi à celles qui habitent virtuellement les esprits vers 1840. Car à ce moment encore la qualité d'autorités administratives des conseils locaux n'est pas évidente, chez les ministres la qualité de juges l'emporte sur celle d'administrateurs, et surtout la doctrine de la « décision contentieuse » s'oppose à une distinction nette des juridictions et des autorités *stricto sensu*. Mais les étonnements ou les partis pris du temps comptent peu auprès d'une classification que sa valeur foncière a fait finalement triompher et qui dès à présent s'impose, pour ainsi dire, en droit.

41. Dans le domaine de l'administration active, les *préfets* se placent en tête. Ce sont eux dont les décisions sont le plus souvent déferées au Conseil, au point que l'hypothèse-type du recours pour excès de pouvoir, c'est le recours contre arrêté préfectoral.

Ensuite viennent les *ministres*, qui sont déjà assez fréquemment censurés au nom de l'excès de pouvoir (7 mai 23, *comm. de Barr*, R. L. III, 355 ; 28 f. 31, *Zoeppfel*, R. L. V, 24 ; 9 mai 34, *Avignon*, R. L. V, 504 ; 18 d. 39, *ville de Lyon*, R. 572 ; etc.).

Au-dessus d'eux, le *chef de l'Etat* l'est presque aussi souvent, et sans que le Conseil éprouve de l'embarras à prononcer en l'occurrence le mot « excès de pouvoir ». Il institue même, et très tôt, cet examen soit pour des décrets impériaux rendus au contentieux (7 at. 16, *Cheffontaine*, R. L. II, 98) soit pour des ordonnances qui, ayant été précédées d'une instruction contradictoire, avaient valeur de jugements (31 mars 48, *Meyronnet*, R. 152) et étaient en principe (21 f. 14, *société de la Hestre*, R. L. I, 512 ; 13 mai 18, *Liotard*, R. L. II, 351 ; 14 jl. 31, *comm. de Menuls*, R. L. V, 63) à l'abri de la rétractation. (*Adde* : 27 at. 40, *d'Alençon*, R. 329). La réforme de 1849, qui, en abolissant l'union du pouvoir judiciaire et de la personne du chef de l'Etat, pouvait paraître défavorable au maintien de cette jurisprudence, n'y apporte aucun changement (15 d. 49, *hospice d'Aubigny*, R. 686 ; 1^{er} mars 51, *Millou*, R. 150 ; 29 mars 51, *Audierne*, R. 221).

Au niveau des autorités subordonnées se rencontrent, en quelques cas, des autorités analogues aux préfets : *représentants du peuple en mission* (7 al. 24, *La Ferté*, R. 222) ou *commissaires administrateurs provisoires* de 1848 (23 mars

50, *Davillier*, R. 292). — A partir du temps de Louis-Philippe apparaissent même des *gouverneurs coloniaux* (1^{er} at. 37, *Patron*, R. L. VI, 591 ; 21 al. 48, *Joly*, R. 183), et, lorsque leur décision a été prise en conseil privé, le Conseil juge opportun de faire appel à la loi des 7-14 octobre (9 d. 45, *élections de Fort-Royal*, R. 520). — Il n'est pas étonnant de rencontrer, après les préfets, le *préfet de police* (21 d. 37, *Mas-teaux*, R. L. VI, 656 ; 5 f. 41, *Férail*, R. 50 ; 19 jv. 44, *Capdeville*, R. 41 ; 14 d. 50, *Rochais*, R. 928).

Chose plus intéressante, les arrêtés de *maires* sont relativement nombreux (3 jn. 20, *Perret*, R. L. II, 693 ; 17 mars 35, *boulangers de Lyon*, R. L. VI, 72 ; 18 jv. 44, *Poncel*, R. 35 ; 9 jv. 49, *Bravais*, R. 30 ; 19 jv. 50, *Saint-Prix*, R. 87 ; 13 al. 50, *Ryberolles*, R. 365).

42. Dans le champ de l'administration délibérante, les *conseils généraux* n'ont pas plutôt acquis des attributions propres qu'ils suscitent le recours, lequel est régulièrement reçu (3 mai 39, *comm. de Mongaroult*, R. 256 ; 19 f. 40, *ville de St Etienne*, R. 42 ; 12 al. 43, *comm. de Combiers*, R. 164 ; 30 mai 44, *comm. de Dingsheim*, R. 312 ; 18 jv. 45, *ville de Bordeaux*, R. 26 ; 27 mai 46, *comm. d'Archignac*, R. 312 ; 29 jl. 47, *comm. de Bénévent*, R. 528 ; 30 at. 47, *comm. de Moëlan*, R. 616 ; 16 mars 50, *comm. de Tagnon*, R. 272), sauf quand il s'agit — exception qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours — du « répartition » de l'impôt direct : ce qui arrête ici le Conseil, c'est d'abord que les délibérations de cette sorte sont les seules à n'être pas soumises à l'approbation et que l'article 2 de la loi de 1838 déclare que par elles le conseil général « prononce définitivement », c'est aussi sans doute qu'intervenant dans une opération qui débute par le vote d'une loi elles paraissent empreintes au suprême degré de ce caractère législatif que l'opinion du temps — nous l'allons voir — prête à toutes les délibérations départementales contenant décision (17 f. 48, *Quinon*, R. 103). — Cela fait, ni plus ni moins, un total de dix affaires en treize ans. Mais ce qui appelle surtout l'attention, c'est que le Conseil n'est pas entré sans hésitation dans la voie de la recevabilité. Deux objections l'ont impressionné, que le *Recueil* de LEBON (dans son introduction au premier arrêt de la série) et DUFOUR (1^{re} éd., t. I, n. 222) nous ont conservées avec les réponses qui

furent jugées concluantes. Tout d'abord, pensa-t-on, chaque fois que l'assemblée départementale exerce un pouvoir propre, elle statue en vertu d'une délégation législative ; et il fallut un examen plus poussé pour qu'on se convainquit qu'il y avait ici une décision administrative et, partant, une autorité administrative. N'empêche, poursuivait-on, que par son origine élective, cette autorité résiste à l'assimilation aux « corps administratifs » que la loi des 7-14 octobre soumet au contrôle du Conseil d'Etat ; mais, à la réflexion, on se dit qu'il serait contraire aux principes de l'organisation publique en France qu'il y eût une autorité dont les actes fussent à l'abri de tout recours et que le Conseil d'Etat était l'organe le plus désigné pour recevoir ce recours, à raison de la valeur de ses membres et plus encore du contrepoids centralisateur que représenterait son intervention. Seulement, si cette intervention était opportune, c'est qu'elle était d'abord légitime, et ce qui transparaît derrière cette argumentation, c'est le principe de la généralité d'application du recours pour incompétence et excès de pouvoir.

Il aurait certainement joué contre d'autres autorités déli-
bé-
bérantes, si le cas s'était présenté. Mais, si l'on met à part une *commission administrative d'hospice* (23 mars 45, *Saint-Joseph d'Avignon*, R. 142), le cas ne s'est pas présenté. L'absence la plus sensible est celle des *conseils municipaux*. Elle paraît tenir principalement au défaut d'information des administrés, du moins dans les petites villes et les campagnes, et au sentiment que le recours devant le préfet en conseil de préfecture, puis devant le Roi, organisé par la loi de 1831 (art. 28 et 29), suffisait. Le seul arrêt que nous ayons rencontré de ce côté a trait précisément à une décision préfectorale d'annulation prise dans ces conditions, et encore est-il antérieur à la loi de 1837 (2 n. 32, *comm. de Grenade*, R. L. V, 230).

43. Le domaine des juridictions administratives peut être, dans l'intérêt de la clarté, subdivisé.

1° On rencontre d'abord des juridictions uniques pour toute la France : la *Cour des Comptes*, dont les arrêts, sujets en vertu de la loi de 1807 à un recours pour vice de formes ou violation de la loi, sont rarement attaqués pour excès de pouvoir (8 s. 39, *min. des Travaux Publics*, R. 495), — le *Conseil royal de l'Instruction publique*, vis-à-vis duquel en 1824 (4

at., *Ferlus*, R. L. III, 512) le Conseil passe sous silence sa qualité de redresseur des incompétences, mais sur lequel plus tard, et quand il se nomme *Conseil de l'Université*, il exerce sans hésiter son contrôle (15 n. 51, *Pierquin*, R. 676), — la *commission* de répartition de l'indemnité de *Saint-Domingue*, qui n'a qu'une existence temporaire (24 at. 32, *Thévenard*, R. L. V, 206).

2° On rencontre ensuite des juridictions de première instance.

D'abord, les *conseils de préfecture*, dont les arrêtés donnent lieu sans doute au plus grand nombre de pourvois, après les arrêtés préfectoraux. (En voici quelques exemples : 10 f. 16, *Guillermin*, R. L. II, 3 ; ... 24 d. 18, *de Marlet*, R. L. II, 438 ; ... 6 d. 20, *Leroton*, R. L. II, 759 ; ... 24 o. 32, *arrosants de Saint-Chamas*, R. L. V, 228 ; ... 8 jv. 36, *Caron*, R. 1 ; ... 26 d. 40, *min. des Finances*, R. 452 ; ... 24 jv. 45, *de Brouilly*, R. 29 ; 22 jv. 49, *comm. de Verniolle*, R. 62 ; 8 mars 51, *Bataille*, R. 176).

En outre on observe quelques décisions de *conseil du contentieux* algérien (28 d. 49, *Tulin*, R. 702), — de *conseil de direction* (qui était une autre juridiction administrative algérienne : 6 jl. 50, *Hanifa*, R. 649), — de *commissions spéciales* de dessèchement de marais (26 at. 42, *ville de Luçon*, R. 422 ; 9 jv. 46, *min. des Travaux Publics*, R. 11), qui sont assez souvent instituées et qui paraissent avoir été subordonnées au Conseil par la voie de l'appel (en ce sens, DUCHESNE, chap. 6, § 4 ; *contra*, DE CORMENIN, 5^e éd., t. 1, p. 203-215, n. XII, note 4, qui les présente comme statuant en dernier ressort).

3° On rencontre enfin des juridictions de dernier ressort et celles qui leur sont quelquefois subordonnées par l'appel.

Tels sont d'abord les *conseils de révision*. Ce n'est pas, il est vrai, que la question de la recevabilité du recours n'ait suscité des hésitations prolongées, et que, par surcroît, elle n'ait été placée d'abord sur un terrain qui n'était pas le sien. Car on commença (AUCOC, *des Recours*..., p. 19-20) par se demander s'il fallait contre eux admettre le recours en cassation tel qu'il fonctionnait dans l'ordre judiciaire. C'était, par une ignorance qui trouve son excuse dans la confusion générale du temps, ne tenir aucun compte de la position exacte du Conseil et ne pas voir que la question de la possi-

bilité d'un contrôle de régularité ne pouvait être envisagée qu'au regard de l'excès de pouvoir : le Conseil venait de faire abandon, en règle, du surplus de sa compétence immédiate. Aussi, après un avis favorable rendu le 19 avril 1819 par les comités de la guerre et de législation réunis, l'assemblée générale dut-elle avouer, par un avis du 27 juillet 1820 (voy. MACAREL, *Tribunaux*, p. 272, n. 139), qu'elle butait contre le caractère « définitif » conféré aux décisions de ces conseils par la loi de recrutement. Enfin en 1829 (21 jv., *Brière*, R. 14) la question est restreinte à ses justes dimensions : elle est encore « longuement débattue », nous dit MACAREL, mais la « protection des intérêts privés » et surtout « la force des choses » font pencher la balance. Traduisons : on prend conscience de la généralité du recours pour incompétence et excès de pouvoir. Désormais, la solution est acquise et les pourvois, assez nombreux, régulièrement reçus (7 al. 30, *Brené*, R. 183 ; 2 al. 49, *Dalloz-Furet*, R. 213 ; etc.).

Cette solution créait un quasi-précédent à l'encontre des *jurys de révision* de la Garde nationale : renforcée de l'autorité de la loi des 7-14 octobre sur laquelle la main vient d'être heureusement mise, elle contribue à trancher la question lorsque le Conseil, très peu de temps après leur création, est saisi d'un recours contre ces nouvelles juridictions (15 jl. 32, *préfet de la Seine* et *préfet du Calvados*, R. 382). Mais c'est à la loi que le premier rôle est dévolu : cette fois donc, c'est presque expressément que le principe de la généralité est invoqué. Après une décision aussi nette, la recevabilité profite aux nombreuses requêtes qui visent les jurys (voy. par ex. 24 at. 32, *min. de l'Intérieur*, R. 510 ; 17 s. 38, *Bouvier*, R. L. VII, 198 ; 30 jn. 42, *Lehoult*, R. 339 ; 19 al. 44, *jury de Bergues*, R. 239 ; 23 d. 45, *Drouard*, R. 579 ; 25 mars 46, *élections de Boulzicourt*, R. 179 ; 7 f. 48, *Crosnier*, R. 79). — Il faut ranger à côté des jurys, parce qu'ils statuent à charge d'appel devant eux, les *conseils de recensement* de la Garde nationale : leurs décisions de premier ressort, plus d'une fois attaquées, n'offrent pas la même raison d'hésiter que celles des conseils ou des jurys de révision et, puisque par ailleurs le principe du recours direct ne souffre pas d'exception, elles sont examinées sans discussion (12 mars 46, *Cartirade*, R. 138 ; etc.).

Il ne reste, après cela, que des cas secondaires à mentionner : celui des *commissions départementales* pour la liquidation des charges de guerre, sous la Restauration (7 d. 25, *min. de l'Intérieur*, R. 712), — celui des *conseils d'enquête* garantis aux officiers par leur statut (11 d. 48, *Hélie*, R. 664), — celui d'un *jury de concours* institué pour répartir les artistes qui soumettraient des modèles monétaires au type de la République (28 jl. 49, *Alard*, R. 437). Ces deux derniers cas ont beau être nouveaux, pris de juridictions de suprême ressort : le contrôle de l'excès de pouvoir est suffisamment assis lorsqu'ils se présentent pour s'étendre sans secousse à eux.

44. Si maintenant on prend de ce contrôle une vue d'ensemble, il semble qu'on soit forcé de dire que les pourvois qui l'amènent à jouer passent par trois voies différentes : celle de la cassation contre les décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort, celle de l'appel contre les décisions des juridictions de premier ressort, celle du recours de première instance contre les décisions non « contentieuses » des administrateurs, uniques ou collégiaux. Telle est en effet la conclusion vers laquelle inclinent les auteurs du temps et que suggèrent quelques arrêts. Certes, la plupart de ceux-là, se laissant dominer par une analogie superficielle avec l'organisation judiciaire, logent en bloc le recours dans une prétendue juridiction de cassation du Conseil. Seul DUCHESNE, plus soigneux, professe qu'au titre de l'excès de pouvoir le Conseil est tantôt juge d'appel et tantôt juge de cassation (chap. 6, § 3) ; de fait, un arrêt *Lucron* de 1818 (26 at., R. L. II, 402) ne se cache pas d'annuler un arrêté de conseil de préfecture « pour cause d'incompétence et excès de pouvoir » par la voie de l'« appel », et la logique des conceptions en honneur commandait de considérer comme déferées pour une véritable cassation même les décisions « contentieuses » des administrateurs (un arrêt *Gomart* du 10 jv. 27, R. 25, qui appuie sur le caractère juridictionnel d'un arrêté préfectoral, suggère fortement cette conclusion). Mais, dès l'instant où l'on faisait application à la juridiction du Conseil d'Etat des cadres mis au point au contact de la pratique judiciaire, il fallait aller jusqu'au bout et on aurait dû reconnaître que dans un cas le juge des excès de pouvoir était juge de pre-

mier degré : celui où l'administrateur avait rendu une décision non « contentieuse » et où, par conséquent, la première instance contentieuse s'engageait devant le Conseil. Seulement, le préjugé était trop ancré chez les auteurs que le Conseil était en règle juge d'appel, la persuasion était trop forte chez les juges que leur intervention supposait une décision « contentieuse », pour qu'on en vint à le faire.

Il est vrai que, si la haute assemblée est ainsi saisie du moyen d'excès de pouvoir par trois voies différentes, l'unité du recours disparaît ; plus précisément, le recours ne subsiste que lorsque les requérants s'attaquent à une décision rendue par un administrateur « en matière non contentieuse » : hors de là, leurs pourvois empruntent la voie toute tracée de l'appel ou de la cassation, ils sont des appels ou des recours en cassation assortis d'un grief d'excès de pouvoir ; dans cette hypothèse au contraire, l'excès de pouvoir ouvre la voie contentieuse, sans cela fermée, il fraye une voie de droit au lieu de jouer le rôle de moyen à l'appui de voies de recours qui en accueillent bien d'autres. Nous avons donc eu tort de considérer des décisions contentieuses comme soumises au *recours* pour incompétence et excès de pouvoir. — Voilà la conclusion à laquelle mène inévitablement l'extension à la juridiction administrative des conceptions d'origine judiciaire, et de fait quelques auteurs (CHAUVEAU, t. III, n. 1722 s. ; DALLOZ, t. XII, v° *Conseil d'Etat*, n. 149) ne l'ont-ils pas partiellement énoncée en déniaut à un appel pour excès de pouvoir la qualité de recours pour excès de pouvoir (33) ?

(33) Nous sommes aujourd'hui tellement — et si légitimement — imbus de la valeur de la classification tripartite des chefs de compétence du Conseil et, par suite, de l'opposition entre l'appel ou le pourvoi en cassation et le recours pour excès de pouvoir que la plupart de nos lecteurs jugeront décisif le raisonnement que nous venons de tenir et refuseront de se laisser convaincre par la suite de notre développement. Nous nous permettons de leur demander un effort pour entrer dans les idées du temps, si informes et bizarres soient-elles. D'un autre côté, nous les prions d'observer que, si nous nous sommes trompé, notre erreur n'entache pas de fausseté l'ensemble de notre travail : car au Conseil on soupçonne dès notre époque, et nettement sur la fin, que la conception de la décision « contentieuse » est autrement fondée pour des décisions de juridiction que pour des décisions d'administrateurs, et le champ de la juridiction de premier degré tend à s'accroître d'autant ; or c'est principalement sur des décisions de cette dernière espèce que sont assises nos conclusions : elles s'appliquent donc, à peu de chose près, à

Observons pourtant qu'à ce compte le domaine imparti initialement, et jusqu'à 1851 au moins, à ce recours eût été bien étroit. Et surtout il lui eût été imparti bien inconsciemment : car la question se pose précisément de savoir si les conceptions que nous venons de dire avaient du poids au regard du juge et expriment adéquatement sa pensée, ou si les auteurs n'auraient pas pris sur eux de faire endosser à son œuvre un vêtement tout fait. A cet égard, une chose est frappante : CHAUVEAU et DALLOZ mis à part, les autres sont unanimes pour diriger le recours lui-même contre les diverses catégories de décisions que nous avons distinguées tout à l'heure. La plupart (CHEVALIER, t. I, p. XXIII ; BOULATIGNIER, Ecole des Comm. 1838, 2^e partie, p. 102 ; DE PISTOYE, 1845, p. 18 ; VIVIEN, 2^e éd., t. I, p. 157) notent que le recours joue contre « toute autorité administrative », et dans le langage du temps cette expression désigne tous les organes de l'Administration ; DE CORMENIN, voulant illustrer le principe et citer les cas les plus remarquables, nomme expressément les ministres, la Cour des Comptes, les conseils et les jurys de révision, la commission de St Domingue, enfin les conseils de préfecture, et de leurs décisions il fait deux groupes : décisions prises en premier ressort, décisions prises en dernier ressort (5^e éd., t. I, p. 27-28, *ad notam*) ; enfin DUCHESNE, lorsqu'il décrit le Conseil comme étant tantôt juge de cassation et tantôt juge d'appel, l'envisage comme statuant sur le recours. Il est invraisemblable qu'un tel accord sur une affirmation qui heurtait implicitement des convictions arrêtées, puisées à la source judiciaire, ne décèle pas le sens exact de la jurisprudence.

De fait, que s'est-il passé depuis 1815 ? Il a été décidé, par dérogation à la compétence ordinaire des ministres, que, lorsqu'un arrêté préfectoral serait argué d'incompétence ou (c'est tout un) d'excès de pouvoir, le recours au Conseil serait ouvert. Entendons que, dans cette masse informe, exempte de toute systématisation qu'est le « contentieux administratif » et plus spécialement le « recours au Conseil », un cas a surgi où le Conseil peut être directement saisi : l'*excès de pouvoir*, voilà l'expression neuve (du moins avec le

ce qu'on est porté à considérer comme le seul et authentique recours pour excès de pouvoir.

sens précis qui lui est désormais affecté) qui est de nature à le graver dans les esprits. Que viennent ensuite des requêtes qui s'attaquent de ce chef à des décisions de conseil de préfecture, de ministre, enfin d'autorités prononçant en dernier ressort, c'est toujours l'excès de pouvoir qui leur ouvrira le prétoire du Conseil. Comment en viendrait-on à raisonner autrement ? Contre les décisions de dernier ressort, aucun recours n'existe : c'est donc l'excès de pouvoir qui le crée et le recours pour excès de pouvoir qui joue. Contre les décisions de premier ressort, je veux bien qu'on *parle* parfois d'« appel » ; mais instinctivement, profondément on n'y *pense* pas : si l'on reçoit les pourvois, c'est parce qu'il est entendu (pour prendre les deux cas importants) qu'il n'est pas une décision ministérielle qui puisse échapper à l'examen supérieur du Conseil du Roi, qu'il n'est pas un arrêté de conseil de préfecture qui puisse être considéré comme irréformable. Là est la source vivace du recours à la justice du Roi. Après cela, transportant ici les vocables auxquels la pratique judiciaire les a habitués, certains rédacteurs d'arrêts peuvent nommer « la première instance » et « l'appel » : ils donnent ainsi *a posteriori* une figure classique à une jurisprudence qui s'est créée et se maintient sous l'empire de considérations toutes différentes, écloses parce que le caractère juridictionnel de ces organes n'a pas été reconnu d'emblée et qu'il commence tout au plus à se profiler au second plan. Réduite à cette portée, l'existence de l'appel ne s'oppose aucunement au jeu parallèle du recours pour excès de pouvoir : quand ce grief est mis en avant, c'est lui qui, décisif ici comme ailleurs, ouvre la voie du recours au Conseil ; dépourvues d'utilité, les idées qui servent d'ordinaire à justifier le recours ne sont même pas évoquées. Et si un arrêt *exceptionnel* comme l'arrêt *Lucron* nomme presque expressément « l'appel pour excès de pouvoir », ce n'est pas du tout qu'il se réfère à nos idées modernes : c'est qu'on est convenu que le recours contre les arrêtés des conseils de préfecture s'appellerait métaphoriquement « appel » et qu'il ne prend pas garde que la métaphore n'est licite qu'au cas où les arrêtés sont déférés au Conseil pour un nouvel examen au fond de la cause entière. Ainsi, vers quelque « autorité » que nous nous tournions, c'est toujours le recours que nous

voyons jouer. *La raison ultime en est précisément que les organes administratifs sont tous placés sur le même pied, sont tous indistinctement des autorités. Le Conseil ne fait pas de différence essentielle entre un conseil de préfecture et un préfet, par exemple : le seul fil conducteur dont il dispose pour régler son intervention est sa notion de la « décision contentieuse ».* — Dira-t-on que ces considérations ne valent que pour les dix ou quinze premières années de notre période, que sur la fin, dans les années qui suivent 1845 si l'on veut, elles ne sont plus pertinentes ? En effet, il y a alors quelque chose de changé ; mais cette nouveauté ne prend pas le dessus. La fortune de la « décision contentieuse » est en décroissance, au point qu'après 1852 elle abandonnera promptement la place. Corrélativement, la distinction des autorités *stricto sensu* et des juridictions commence à s'imposer au juge, ainsi que la subdivision de celles-ci en juridictions de premier ressort et juridictions de dernier ressort. Cette fois donc, le principe existe sur lequel asseoir une distribution sérieuse de la juridiction du Conseil en juridiction d'appel, juridiction de cassation, juridiction de première instance. Mais l'étendue d'application de notre recours est-elle modifiée pour autant ? La difficulté a plutôt diminué à l'endroit des décisions des administrateurs ; car leur caractère strictement administratif, non contentieux, tend à apparaître, malgré le maintien, plus nominal que réel, de la théorie reçue du « contentieux » : dès lors sur elles ne saurait s'exercer qu'une juridiction de première instance et la requête qui les argue d'excès de pouvoir est bien un recours pour excès de pouvoir. A l'endroit des décisions juridictionnelles de dernier ressort, on aurait tort de supposer une voie de cassation assumant, entre autres, le grief d'excès de pouvoir : cette voie en effet pourrait idéalement exister, *mais en fait elle n'existe pas* ; si l'excès de pouvoir était inconnu, ces décisions ne comporteraient aucun recours devant le Conseil (ni ailleurs) ; c'est l'excès de pouvoir qui crée une voie de droit contre elles : c'est par le recours pour excès de pouvoir qu'on les attaque. Reste le cas des décisions juridictionnelles de premier ressort. A vrai dire, la seule hypothèse irréductible et à propos de laquelle il convient d'instituer la discussion est celle des arrêtés de conseils de préfecture : mal-

gré les principes inscrits en façade, les décisions ministérielles sont bien souvent traitées comme décisions « administratives », au sens moderne (nous avons déjà eu l'occasion de le soupçonner : voy. n. 38), et dès lors nous retombons dans le premier cas. Il est incontestable que l'idée que les conseils de préfecture sont subordonnés au Conseil par la voie de l'appel a pris assez fortement pied ; il ne paraît pas douteux, — à envisager les choses d'ensemble, et quoique dans le détail la discrimination soit incertaine, — que les rédacteurs de plusieurs arrêts ont conçu l'excès de pouvoir comme un moyen venant se greffer sur un recours en appel, de toute manière existant. Seulement, cette façon d'envisager les choses ne prédomine pas ; le « recours au Conseil » l'emporte toujours, quoique de moins loin, sur l'« appel », parce que la non-différenciation des autorités *sensu lato* l'emporte toujours sur leur classification logique. Par suite, même ici, l'excès de pouvoir ouvre en son nom propre la voie contentieuse.

Ainsi donc, — si du moins l'on admet (mais c'est la seule définition légitime, le lecteur doit s'en rendre compte maintenant) qu'il y a recours pour excès de pouvoir dès là que l'excès de pouvoir est la cause efficiente du recours au Conseil, — *contre quelque autorité que ce soit, c'est le recours pour excès de pouvoir qui sert de véhicule au grief d'excès de pouvoir. Le grief et la voie ne sont pas encore dissociés.* Le recours pour excès de pouvoir n'a pas encore trouvé son point d'application privilégié.

Les deux chapitres qui vont suivre renforceront d'ailleurs, jusqu'à un certain point, cette conclusion. Certes, il aurait pu arriver que le recours bénéficiât déjà d'une place à part au sein des recours contentieux sans que son terrain propre fût encore délimité ; c'est tellement possible, que c'est ce qui se produira au cours de la deuxième période que nous étudierons. Mais l'application générale et indistincte du recours se comprend mieux (et apparaît comme un trait particulier d'inorganisation) quand on constate qu'il est traité sur le même pied que tout autre recours au Conseil ; réciproquement, l'absence d'un traitement spécial s'explique plus aisément dès lors que le recours fonctionne contre des décisions juridictionnelles en leur fond.

CHAPITRE II

CARACTERE CONTENTIEUX DU RECOURS POUR INCOMPETENCE ET EXCES DE POUVOIR

45. De prime abord, on ne voit pas bien comment le recours pour incompétence et excès de pouvoir a pu se voir attribuer, à l'égal de tout autre, le caractère contentieux. Car, dans les idées du temps (cf. n. 16), l'activité contentieuse consiste à départager des prétentions adverses à un droit subjectif, à « dire le droit » entre ces prétentions ; bref, pour employer notre terminologie moderne, il n'y a de juridiction authentique que la juridiction subjective. Or voici un recours qui vise à faire confronter un acte administratif avec une règle abstraite. Pour nous, il figure le type même de la juridiction objective. Mais à l'époque il ne peut être apparenté, semble-t-il, qu'aux recours administratifs ou, comme on dit, gracieux. C'est le sentiment inexprimé qui paraît avoir guidé ceux des membres de la commission Dalloz qui demandaient que, dans le projet de loi sur l'organisation du Conseil d'Etat, les recours de cette espèce fussent attribués à l'assemblée générale et non à la section du contentieux (DALLOZ, p. 114-115). C'est l'opinion qu'a franchement exprimée CHAUCHEAU (t. I, p. 137-138 et t. II, p. 280-283). Et, chose plus grave, c'est celle qu'a professée devant le Parlement, en 1821, le conseiller d'Etat CUVIER : « ... Le Conseil d'Etat, disait-il, n'est point un tribunal, comme on affecte sans cesse de vous le dire. Il ne prononce jamais sur des droits acquis... La police d'ordre et de salubrité, ... la tutelle des établissements publics, *la réforme des actes des autorités inférieu-*

res, ... toutes ces matières appartiennent au gouvernement comme gouvernement » (cité par MACAREL, *Tribunaux*, p. 411 et 412) ; sans doute, c'est là un plaidoyer pour obtenir les crédits demandés, et qui néglige toute une part des attributions du Conseil : mais il n'aurait pu se soutenir sans une apparence de fondement.

Pourtant, il existe des indices sûrs que le recours se classe parmi les recours contentieux. D'abord, il apparaît tel à l'origine, puisqu'il fait figure de survivance de la compétence directe que possédait antérieurement le Conseil et que cette compétence était contentieuse. Ensuite il demeure certainement tel, car d'une part, rencontrant la théorie de l'acte de pure administration *secundo sensu* (n. 38), nous avons vu faire le partage entre les réclamations reçues par la voie contentieuse et celles qui sont renvoyées à la voie administrative : le recours pour incompétence et excès de pouvoir est toujours rangé parmi les premières ; d'autre part on ne trouve avant 1852 aucun de ces signes par où se révèle dans la période suivante la disjonction relative de la voie contentieuse ordinaire et de la voie de l'excès de pouvoir : par comparaison, cette absence apparaît capitale, décisive même. Il n'est cependant pas inutile d'observer que, sans même finalement qu'il faille faire exception pour CHAUCHEAU, la doctrine est unanime à traiter le recours comme contentieux : une nouvelle fois, il y a là une sorte de preuve par le consentement universel (voy. par exemple : SIREY, p. 256 s. ; DE GÉRANDO, 1^{re} éd., t. I, p. 273-281 ; CHEVALIER, t. I, p. XXIII ; DE CORMENIN, 4^e éd., t. I, p. 36 et 38 ; DUCHESNE, chap. 6, § 3 ; *Compte général...*, travaux du Conseil, 2^e partie ; DALLOZ, *Rapport*, p. 128 ; FOUCART, t. I, n. 173-177 ; VIVIEN, 2^e éd., t. I, p. 119-129 ; BOULATIGNIER, E. C. 1838, 2^e partie, p. 102).

Apparemment contradictoires, ces deux ordres de constatations se laissent aisément concilier. HAURIOU a montré jadis (Rec. Législation Toulouse 1907, in p. 149-191) comment, sous le régime de la justice retenue, le Conseil d'Etat n'était pas, à l'égal des tribunaux judiciaires, l'organe d'une justice publique, rendue au nom du peuple : sa juridiction avait un caractère intérieur, elle procédait de l'autorité superhiérarchique ou, si l'on préfère, gouvernementale du chef de l'Etat, elle visait à faire régner la discipline que le Gou-

vernement est en droit d'imposer à l'Administration. S'il en est ainsi, l'affinité du recours pour incompétence et excès de pouvoir avec le recours hiérarchique apparaît avec évidence, mais, commune à tous les recours au Conseil, elle n'empêche point le nôtre d'être de nature contentieuse. Réciproquement, cette nature ne crée point une incompatibilité entre le recours et la possession de certains traits des recours gracieux : en effet, prise en elle-même et quoique les contemporains la voient trop souvent à travers le prisme déformant des conceptions judiciaires, l'autorité du Conseil est d'un type original, difficilement réductible (du moins au début, car il n'est nullement contraire à la pensée d'HAURIOU d'admettre une attraction et une transformation progressive avant 1872) et elle s'accommode de la présence de recours qui offrent certains aspects administratifs ; l'habileté de CUVIER est seulement d'avoir raisonné comme si toute juridiction était nécessairement subjective. Bref, notre recours est ni plus ni moins contentieux et ni plus ni moins administratif que tout autre recours au Conseil (34).

46. Les solutions spéciales viennent d'ailleurs confirmer les indications générales que nous venons de retenir. Deux d'entre elles sont particulièrement significatives.

L'absence de délai est un trait certain des recours administratifs. Or le Conseil n'a jamais conçu aucun doute sur le caractère obligatoire du délai pour les requêtes en excès de pouvoir (18 n. 18, *Egret-Thomassin*, R. L. II, 424, et cf. la même année SIREY, n. 229 ; 5 f. 41, *Férail*, R. 50 ; 27 f. 47, *ville d'Orléans*, R. 99) ; le commissaire du gouvernement CORNUDET a d'ailleurs mis en évidence la pensée de ses collègues lorsqu'acceptant de poser dans une affaire (10 mai 51, *Estienne*, R. 334) la question, il a donné la réponse comme indubitable et allant de soi : selon lui, l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 devait s'appliquer ici comme partout.

(34) Ainsi prennent leur juste valeur les observations souvent faites par les auteurs modernes (et dont MARIE a donné [t. II, p. 865] l'énumération complète) pour incliner le recours dans le sens administratif. Nous parlons de celles qui ont trait à la position du Conseil. Quant aux autres, elles sont erronées (provenance du recours hiérarchique révolutionnaire, absence de délai, autorité absolue des annulations) ou inopérante (absence de texte).

Moins encore l'irrecevabilité qui naît de l'inobservation du délai aurait-elle, si le recours était de nature administrative, le caractère d'ordre public. Or tel est le cas pour notre recours. Nous n'avons trouvé aucun arrêt qui le prouve ; mais il en va ainsi s'agissant du recours très proche par lequel les ordonnances sont arguées de vice de formes (1^{er} jl. 39, *Fermy* ; 9 jn. 49, *de Carbon*, R. 335) et après 1852, alors que le recours tendra à perdre de son caractère contentieux, des arrêts montreront qu'il en est ainsi pour lui. Dès lors, les décisions qui n'opposent pas d'office la forclusion aux pourvois tardifs (4 jn. 16, *Oursin*, R. L. II, 65 ; 1^{er} at. 37, *Patron*, R. L. VI, 591) doivent s'interpréter comme ceux de la période suivante : le Conseil se considère comme en droit d'intervenir, non comme tenu de le faire.

Mais ce ne sont pas seulement ces deux solutions qui témoignent de la nature contentieuse du recours : c'est aussi l'ensemble de celles qui forment sa théorie, à laquelle nous arrivons maintenant.

CHAPITRE III

TENDANCE DU RECOURS POUR INCOMPETENCE ET EXCES DE POUVOIR A ACQUERIR UNE THEORIE PROPRE

SECTION I. — Traits par lesquels le recours demeure indifférencié

§ 1. — TRAITS PRIS DES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ

ARTICLE 1. — *Absence de recours parallèle*

47. Dans l'ensemble, le recours ne bénéficie pas d'une théorie propre : c'est de la théorie générale du recours au Conseil qu'il lui est fait application. Mais, si telle est la note dominante, il est visible que par certains côtés ce vêtement est pour lui un vêtement de confection dans lequel il étouffe et en effet il le fait craquer sur quelques points : il commence donc déjà à manifester l'exigence d'une théorie personnelle.

L'absence de cette théorie est d'abord sensible dans le domaine de la recevabilité.

C'est ainsi que l'idée de subordonner l'admissibilité du recours à l'inexistence d'une autre voie de droit permettant de donner une sanction à l'irrégularité invoquée, à l'inexistence d'un « recours parallèle », comme nous disons, ne point nulle part. Comment s'imposerait-elle en effet ? Il faudrait en premier lieu que le recours apparût comme le concurrent menaçant de voies déjà existantes ; or, tant que l'incorporation dans l'excès de pouvoir de moyens visant la régularité

au fond est exceptionnelle, la chose est sinon inconnue (qu'on songe à l'exception d'illégalité devant les tribunaux répressifs), du moins trop rare pour retenir l'attention. Plus profondément, il faudrait que le recours tendît à se constituer à l'intérieur de la voie contentieuse en chemin distinct ; or telle n'est point, nous l'avons vu, sa position générale : il va de soi dès lors que sa théorie soit exempte de cette marque de différenciation.

ARTICLE 2. — *Qualité requise de l'acte à attaquer*

48. L'acte attaquant au contentieux, en général, c'est celui par lequel l'administration, dépassant le stade de l'élaboration intérieure, de la préparation, indique nettement sa position, affirme dans quel sens elle entend agir : bref, c'est la décision exécutoire. Ce l'est d'autant mieux à notre époque que, pour justifier son autorité et tâcher d'en délimiter le domaine, le Conseil a cru devoir décerner la qualité de jugements à toute une part des actes administratifs (voy. n. 16) ; donc, sans « décision contentieuse », pas de recours. Il suit d'ailleurs de là que la décision se définit : l'acte qui emporte chose jugée et est pourvu de l'exécution d'office. Néanmoins, cette doctrine forcée et mal venue ne fait pas toujours exactement le départ entre l'acte qui appelle le recours et celui qui ne le comporte pas, et plus d'une fois le Conseil décide de la recevabilité des requêtes d'après un sentiment immédiat très juste, celui-là même que nous venons de décrire et qui est à la source de notre notion moderne de la décision exécutoire. — La décision, il est vrai, et c'est une deuxième condition, ne forme l'acte attaquant qui si elle fait grief au requérant. — Mais, pour finir, la décision unilatérale ne s'attache pas privativement la faculté du recours contentieux : le contrat est également attaquant, contenant lui aussi une mesure arrêtée qui fait grief.

Or cette théorie de l'acte attaquant est à peu près exactement celle qui sert à régler la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Une seule entorse y est faite, bien minime : le recours est reçu contre les actes préparatoires et les mises en demeure ; mais il l'est pour constater que l'auteur de pareils actes, qui sont de trop faible portée pour être réservés

à une autorité déterminée, n'a pas excédé les bornes de sa compétence, il ne l'est donc jamais pour prononcer leur annulation.

En effet contre l'*acte préparatoire* le recours contentieux est en général irrecevable (21 at. 16, *Guérin*, R. L. II, 112 ; 17 jn. 18, *Dubois*, R. L. II, 365 ; 21 jn. 26, *Légier*, R. L. IV, 54 ; 27 al. 41, *Blot*, R. 161), mais le recours pour incompétence et excès de pouvoir est recevable (23 at. 36, *Frévin*, R. L. VI, 412 ; 5 jn. 46, *comm. de Patay*, R. 323). — De même, les *misés en demeure*, qui annoncent une mesure ultérieure et ne doivent pas, dès lors, en règle, susciter les pourvois, sont attaquables du chef de l'excès de pouvoir (31 jl. 43, *Rondy*, R. 393 ; 10 mai 51, *Estienne*, R. 334). — Pénétrons plus avant dans le domaine des actes qui s'opposent à la décision s'extériorisant devant tous : nous allons en trouver qui atteignent un degré d'intériorité suffisant pour échapper à tout examen contentieux, fût-ce celui de l'excès de pouvoir. Telles sont les *instructions de service* : ne possédant ni l'autorité de la chose jugée ni la force exécutoire (SIREY, n. 243 ; FAVARD DE LANGLADE, t. III, v° *Instructions* ; DUFOUR, 1^{re} éd., t. I, n. 37 et 38), elles ne constituent pas, selon les propres expressions des arrêts, des « décisions contradictoires », des « décisions en matière contentieuse » ; partant, elles sont à l'abri du recours contentieux (16 n. 25, *comm. de Romainville*, R. L. III, 661 ; 9 mai 38, *ville de Rouen*, R. 244 ; 6 f. 39, *départ. de l'Ain*, R. 113 ; 24 jn. 40, *ville de Strasbourg*, R. 173 ; 8 jn. 42, *canaux d'Orléans et de Loing*, R. 275 ; 24 d. 44, *comm. de Venoy*, R. 677 ; 27 at. 45, *ville de Toulon*, R. 454), même fondé sur l'excès de pouvoir (13 jl. 25, *Ferrand*, R. 406 ; 22 jn. 50, *Lecamus*, R. 603). — Au-delà s'étend toute une zone indéterminée d'actes dont le seul caractère commun est d'être incontestablement hors des prises du contentieux et sur lesquels le Conseil appose indistinctement l'étiquette « *mesures d'administration intérieure* », « *actes de service intérieur* » (rpr. déjà la note de SIREY dans son recueil [II, 265] sous l'arrêt du 3 f. 13, *Ballice*) : contre eux, point de recours ni pour excès de pouvoir (22 mars 33, *Dailly*, R. 174 ; 5 f. 41, *Férail*, R. 50) ni pour une autre cause (13 mai 36, *ville de Paris*, R. 233 ; 23 f. 39, *Hervé*, R. 168 ; 12 jv. 44, *Moulin du Château Narbonnais*, R. 9) ; ne savons-

nous pas (n. 29) qu'ils sont de même impuissants à fonder un recours (18 f. 39, *Combettes*, R. 157) ?

En second lieu, la *décision confirmative* est exempte de recours, parce qu'elle « ne fait que maintenir la précédente décision », parce qu'elle n'emporte pas grief. Seulement, cette solution est restreinte à la décision rendue par l'auteur même de l'acte primitif (18 d. 46, *Chauvin*, R. 567) ; la confirmation émanée d'un autre que lui est considérée comme faisant grief et autorise le pourvoi (30 at. 14, *Potoine*, R. L. I, 524 ; 3 jn. 20, *Perret*, R. L. II, 693 ; etc.). — Il est assez probable dès lors que l'acte « *en exécution* » aurait été jugé inattaquable, et, à défaut d'arrêts, DALLOZ (t. XII, v° *Conseil d'Etat*, n. 146) est en ce sens ; ce qui est sûr et ce qui seul importe, c'est que la question ne pouvait qu'être résolue uniformément pour tout recours, d'après la critère de la présence ou de l'absence de grief.

Enfin le *contrat* pouvait certainement être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, car, s'il n'y a pas pour l'instant d'arrêt pour le prouver, il s'en trouvera après 1852 et nous savons (n. 29) que l'excès de pouvoir peut naître de sa violation (35).

ARTICLE 3. — *Des actes de gouvernement*

49. L'autorité du Conseil d'Etat impérial ne paraît pas avoir connu dans son exercice d'autres limites que celles qui s'imposent à toute *juridiction* administrative. Le lien était trop étroit entre lui et le pouvoir politique pour que celui-ci eût à se défier de ses entreprises. Avec la Restauration, la situation se retourne entièrement : aussitôt, la théorie de l'acte de gouvernement prend naissance (20 jn. 16, *Allut*, R. L. II, 77).

Elle est relative à des hypothèses où le Conseil se déclare « incompétent » parce qu'il estime être en face d'un « acte souverain », d'une « mesure d'ordre public », d'une mesure de « haute police », d'un « acte de l'autorité royale », d'une

(35) Cf. à l'époque du Premier Empire, sur un recours pourtant « objectif » : 15 jv. 1809, *Bardin*, R. L. I, 157 ; 29 al. 1809, *Fétix*, R. L. I, 175.

« question politique », d'un « acte du gouvernement ayant un caractère essentiellement politique », — pour prendre quelques-unes de ses expressions qui, toutes, invitent à se représenter un groupe d'activités dont le pouvoir exécutif entend garder la parfaite liberté. Le Conseil sent qu'à vouloir l'installer ici, il compromettrait l'existence même du contrôle contentieux. Comprenons bien que la barrière qu'il se fixe ainsi est d'un caractère tout spécial : il ne faudrait pas la confondre avec celle que forme la pure administration. D'un côté comme de l'autre, le réclamant est renvoyé à se pourvoir devant l'administration active. Mais dans le second cas, à condition de ne pas formuler de griefs trop incisifs, il peut obtenir par la voie contentieuse une certaine satisfaction : le contrôle du juge mord sur une part de l'acte ; dans le premier cas, au contraire, la voie contentieuse est complètement fermée. De plus, et par suite, — prévision que l'avenir permettra de vérifier exactement (36) — dans le second cas, le contrôle juridictionnel n'est pas arrêté *ne varietur*, il est susceptible de progrès, tandis que dans le premier il est exclu définitivement. — Il existe ainsi, créant un domaine d'où le recours contentieux est banni, une inspiration commune aux arrêts rendus. Certes, tous n'emploient pas l'expression *acte de gouvernement*, ceux-là mêmes qui en usent lui donnent parfois à l'intérieur de ce domaine un sens restrictif. Mais, parce que l'opposition de l'administration et du gouvernement rend assez bien compte de la frontière que ne saurait franchir le juge, parce que le terme est entré depuis lors dans l'usage parmi les commentateurs, il est légitime de désigner ce domaine comme étant le domaine gouvernemental. — Maintenant, établie sur cette base, la haute assemblée ne se fait pas chiche pour accorder au Roi et à ses ministres la qualification d'acte de gouvernement et l'immunité qui en dérive. D'ordinaire, celle-ci est suggérée par la nature même de l'acte, quelles que soient les circonstances où il a été pris ; mais le Conseil ne voit pas de difficulté à l'accorder à un acte qui tire toute sa valeur du motif qui a poussé à le

(36) Sauf une exception temporaire dans le domaine gouvernemental, au bénéfice précisément de l'examen de l'excès de pouvoir (voy. n. 129).

prendre. Bien mieux : du premier point de vue, il est d'une grande générosité, qu'il sied de montrer.

Appartiennent en effet au domaine gouvernemental plutôt par leur nature les actes suivants : 1° dans l'ordre de la politique extérieure : les faits de guerre (13 mai 36, *Palengat*, R. L. VI, 335 ; 6 d. 36, *Coen*, R. 523), les traités (12 d. 34, *Argenton*, R. 812 ; 1^{er} f. 51, *Lucas*, R. 84) et leur exécution (17 jn. 20, *Le Chasseur*, R. L. II, 698 ; 6 d. 36, *Coen*, précité), spécialement leur interprétation (22 jv. 23, *Fain*, R. L. III, 310 ; 23 jl. 23, *vve Murat*, R. L. III, 389 ; 6 at. 23, *La Représaille*, R. L. III, 395), les répartitions d'indemnités à la suite de négociations diplomatiques (7 d. 43, *Valette*, R. 568 ; 5 jv. 47, *Courson*, R. 1), la nomination d'une commission chargée à la suite d'un traité de vérifier les créances de Français contre un Etat étranger (2 jl. 23, *d'Etchegoyen*, R. 466) ; — 2° dans l'ordre de la politique intérieure : la « concession » des grades ou des emplois militaires (du moins au début : 13 mars 22, *de Couso*, R. L. III, 187), la révocation des fonctionnaires (dans les premiers temps : 20 jn. 16, *Allut*, précité ; cependant pour la révocation des officiers [11 d. 38, *de Saint-Hubert*, R. L. VII, 233 ; 9 f. 44, *Villard*, R. 70], l'exclusion de la Légion d'Honneur [22 f. 38, *Gérard*, R. 116], la destitution des officiers ministériels [26 jl. 37, *Horliac*, R. 347 ; 10 d. 46, *Maillard*, R. 535 ; 9 al. 49, *Cornibert*, R. 232], la qualification se maintient et explique au moins partiellement l'irrecevabilité), la police des théâtres (quoiqu'elle tende visiblement à se réfugier simplement dans l'administration pure : 6 s. 20, *Académie de Musique*, R. L. II, 749 ; 31 d. 31, *Opéra-Comique*, R. L. V, 108), enfin, ce qui est le comble, l'interdiction en vertu d'une loi de l'an XI de défricher des bois pendant vingt-cinq ans (20 f. 22, *Havez*, R. L. III, 171) (37) ou le transfert d'une poudrerie, pour la seule raison qu'il « intéresse la sûreté ou la défense du territoire » (20 n. 22, *Delaître*, R. L. III, 284).

Appartiennent plutôt par leur but au domaine gouvernemental l'expulsion ou la détention provisoire d'étrangers (2 at. 36, *Naundorf*, R. L. VI, 392), la confiscation d'un trou-

(37) Toutefois, en 1827, un arrêt *Vitu* (28 at., R. L. IV, 213) verra plutôt ici un acte d'administration.

peau de mérinos sous l'Empire (8 mai 22, *Bénito*, R. L. III, 205), les refus opposés aux réclamations pécuniaires de la famille Bonaparte (1^{er} mai 22, *Laffitte*, R. L. III, 202 ; 5 d. 38, *duchesse de Saint-Leu*, R. L. VII, 229, avec sept autres arrêts identiques ; 22 at. 39, *héritiers de Napoléon*, R. 459 ; 22 at. 44, *Louis Napoléon*, R. 508).

50. Or, si telle est la zone d'irrecevabilité créée par l'acte de gouvernement, elle n'arrête pas moins le recours pour excès de pouvoir que n'importe quel autre recours. Le fondement sur lequel elle repose le laisserait pressentir, et, pour être rares, les arrêts n'en sont pas moins nets (23 n. 25, *De-landine*, R. 700 : nomination de fonctionnaire ; 22 n. 26, *Ambron*, R. L. IV, 122 : interprétation de traité).

§ 2. — TRAITS PAR LESQUELS S'AFFIRME LE CARACTÈRE SUBJECTIF DU RECOURS

51. Quelle que soit la distance qui le sépare constitutivement de lui, le contentieux administratif subit la fascination du contentieux judiciaire. Son caractère subjectif est donc très marqué. Or sur trois points capitaux notre recours se comporte à l'instar de tout autre.

1^o D'abord *le contrat* peut être aussi bien que l'acte unilatéral objet ou cause du recours. Nous avons déjà vu qu'un arrêt (14 f. 42, *Chevassus*, R. 56), renforcé d'une suggestion de FOUCART (3^e éd., t. III, n. 1793), autorise la deuxième affirmation ; quant à la première, elle est fondée, avons-nous dit, tant sur une considération d'analogie que sur les arrêts de la période subséquente.

Mais, n'y aurait-il pas un seul arrêt pour l'établir, cette double conclusion n'en serait pas moins certaine. Le contrat, qui contient une mesure arrêtée faisant grief, comporte la discussion au contentieux ; le contrat, dont les dispositions sont obligatoires et lient l'Administration, ouvre s'il est violé la voie contentieuse : ces deux réflexions décident pour l'ordinaire le Conseil ; on ne voit pas comment elles perdraient leur autorité lorsque le recours formé devant lui est affecté de l'indice « scandaleux ». Pour que la haute assemblée en vint là, il faudrait qu'elle fit notre distinction des actes objectifs et des actes subjectifs, qu'elle s'aperçût que le contrat a

toujours le caractère subjectif, enfin qu'elle spécialisât la juridiction de l'excès de pouvoir dans le contrôle des actes objectifs et dans la sanction des règles abstraites ! Autant de suppositions auxquelles enlèvent toutes vraisemblance non seulement le tableau d'ensemble que nous établissons des points de contact entre la théorie de notre recours et la théorie générale du recours au Conseil, mais le mode d'introduction sous le Second Empire de la distinction des contentieux : quand elle sera déjà fermement dessinée, quand en particulier le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir sera déjà marqué, ce recours s'accommodera longtemps encore de pourvois formés contre un contrat ou au nom d'un contrat.

52. 2° Mais c'est surtout dans la façon dont se déroule l'instance en excès de pouvoir et dans l'autorité dont peut être pourvue la décision à laquelle elle aboutit qu'apparaît la subjectivité du recours.

Qu'on n'imagine pas un débat en justice provoqué par un demandeur qui ne trouve devant lui aucun adversaire personnel et qui s'en prend directement à un acte défendu par les seules observations du ministre compétent. C'est d'une *instance contradictoire* qu'il s'agit.

Le premier défendeur, et le plus naturel (38), est l'autorité qui a préparé ou provoqué la décision entreprise. N'est-ce pas ce à quoi est convié le Conseil par la pratique ordinaire de sa juridiction ? Sur recours contre une décision juridictionnelle de premier ou de dernier ressort, il est naturel que le débat reprenne entre les deux parties à l'instance antérieure, c'est-à-dire entre le requérant et l'autorité administrative qui l'a amené par son attitude à saisir le juge ou même, parfois, qui l'a cité devant lui (ainsi le ministre de l'Instruction publique, s'agissant d'une affaire disciplinaire soumise au Conseil de l'Université : 15 n. 51, *Pierquin*, R. 676). Et sur recours contre une décision d'administrateur actif, il est indi-

(38) Ce qui ne veut pas dire que cette qualité ait été promptement reconnue par le Conseil. *S'il faut en croire les recueils*, la communication du pourvoi à l'Administration a été, en notre matière, exceptionnel'e sous la Restauration (29 at. 21, *Déboubers*, R. L. III, 109 ; 13 jl. 25, *Ferrand*, R. 406 ; 6 mars 28, *Bellière*, R. 221) et ne devient régulière que sous Louis-Philippe.

qué de convoquer cet administrateur lui-même (39) ; car on parle bien de décisions « contentieuses », mais au fond on n'y croit pas pleinement : la meilleure preuve n'en est-elle pas que les ministres, prétendus juges du premier degré, sont astreints, semble-t-il (voy. HAURIU, Rec. Législation Toulouse, 1907), devant la juridiction supérieure à *défendre*, au sens précis, leur propre décision, à jouer le rôle d'une partie en cause d'appel ? On suivra donc l'exemple donné par cette hypothèse-type (40). C'est ainsi qu'il advient que les pourvois pour excès de pouvoir peuvent toujours (ce qui n'implique pas que le juge estime toujours opportun de le faire : voy. 11 at. 49, *de Chastelus*, R. 499 ; 24 mai 51, *Laffont*, R. 379) être communiqués à l'Administration et que les observations par lesquelles elle répond sont traitées comme des conclusions en défense : elle est « partie dans l'instance », la décision est « rendue contradictoirement » entre elle et le requérant, et, la législation le permettant entre 1849 et 1852, elle est condamnée aux dépens en cas d'annulation (5 f. 41, *Fé-rail*, R. 50 ; 18 d. 46, *Chauvin*, R. 567, sur recours direct pour vice de formes ; 11 at. 49, *de Chastelus*, précité ; 24 mai 51, *Laffont*, précité ; 15 n. 51, *Pierquin*, précité).

53. Mais, dans le cas d'une décision d'administrateur actif, il y avait un moyen plus simple de rendre l'instance contradictoire. Il suffisait d'utiliser une particularité de la décision

(39) Car le Conseil va droit à l'auteur responsable de la décision rendue. Est-ce un arrêté préfectoral qui est en cause ? Le préfet lui-même recevra communication du pourvoi (2 n. 32, *comm. de Grenade*, R. L. V, 23). Bien mieux : est-ce un règlement d'eau préparé par des techniciens, une révocation de l'ordre de la Légion d'Honneur ? C'est le directeur général des Ponts-et-Chaussées (28 f. 28, *Jars*, R. 195), c'est la grande chancellerie (22 f. 38, *Gérard*, R. 116) qui seront invités à répondre au pourvoi ; seulement, il n'est pas sûr que leurs observations aient valeur de défenses.

(40) Malgré leur apparente généralité, il ne faudrait pas tirer des deux raisonnements qui précèdent que les juges du Conseil ne connaissent pas la communication pour simple avis (voy. plutôt : *Compte général...*, 1835, p. 95). Il n'est même pas dit qu'elle n'a pas été quelquefois pratiquée sur recours pour excès de pouvoir : d'après nos explications, c'aurait été dans des espèces où un défendeur étranger à l'Administration s'opposait au requérant et à une date assez tardive pour que la communication à l'Administration eût pris racine. Nous nous sommes attaché aux seuls arrêts où les observations administratives ont une figure caractérisée.

prétendûment contentieuse : quoiqu'elle appartienne réellement au contentieux administratif et que celui-ci ait pour *substratum* normal un litige où l'administration est partie, elle intervient aussi bien pour départager les prétentions de deux particuliers. Il est tout simple, surtout quand on compare le Conseil d'Etat juge des excès de pouvoir à la Cour de Cassation, d'inviter ou d'admettre celle des parties adverses à l'avantage de laquelle la décision a prononcé, à venir la défendre. Ainsi est-il fait dès le début (20 n. 15, *Buhotel*, R. L. I, 592 ; 4 jn. 16, *Oursin*, R. L. II, 65 ; 18 n. 18, *Egret-Thomassin*, R. L. II, 424) et avec une telle assurance que non seulement la pratique des mémoires en défense ainsi introduits restera de règle pendant toute cette première période (4 jl. 15, *Brunet*, R. L. I, 583 ; 25 jn. 17, *canal de Dalt*, R. L. II, 234 ; 28 f. 28, *Jars*, R. 195 ; 30 jn. 39, *Cogordan*, R. 358 ; 6 f. 46, *Tellier*, R. 73 ; 9 jv. 49, *Bravaïs*, R. 30 ; 13 al. 50, *Ryberolles*, R. 365), mais que comparativement la communication à l'Administration aux fins de défense fera figure d'institution de second plan, venant combler une lacune dans l'hypothèse du recours dirigé contre une décision d'administrateur actif qui ne prononce pas entre parties adverses.

54. Maintenant, le particulier (41) qui l'a emporté devant l'administrateur actif ou devant la juridiction authentique qui a débouté l'Administration peut ne pas répondre à l'ordonnance de soit-communicé ou le magistrat instructeur peut négliger de lui en adresser une : il fait alors *défaut*, au sens technique du terme, et il est par suite recevable à se pourvoir par la voie de l'opposition (42) contre l'arrêt rendu par le Conseil (10 jv. 27, *Gomart*, R. 25 ; 9 mars 36, *Derly*, R. 118 ; 10 al. 48, *Bernard*, R. 163, *in initio* (43).

(41) En effet, il prend rarement fantaisie à l'Administration de ne pas répondre à la communication qui lui est faite et, quand cela lui arrive, elle ne pousse pas l'irrespect jusqu'à former après coup opposition ; pas davantage, elle n'entend s'imposer, une fois que le juge n'a pas estimé à propos de la convoquer.

(42) A vrai dire, le Conseil parle de « tierce-opposition », parce que dans les trois espèces ci-dessus le défendeur n'a pas été *désigné* par une ordonnance de soit-communicé et parce que dans l'une d'elles au moins le délai de trois mois devait être expiré ; mais c'est à de véritables parties défenderesses (du moins à suivre la logique de ses conceptions) qu'il a affaire, non à des tiers.

(43) La deuxième partie des motifs se place dans l'hypothèse d'une

55. 3° Ainsi bâtie, l'instance en excès de pouvoir ne peut que conduire à une décision pourvue d'une *autorité purement relative* ; telle est bien la conviction qu'on acquiert à fréquenter les arrêts, continssent-ils une annulation : si le requérant n'avait pas d'autre adversaire que l'Administration, cette annulation ne vaut que pour lui (en effet, quand d'autres administrés partagent sa situation mais ne se sont pas pourvus, le dispositif a parfois soin de restreindre à sa personne l'effet de l'annulation : 25 at. 44, *Capdeville*, R. 468 ; 20 jv. 43, *Bourmizien*, R. 29), et s'il avait un autre adversaire, elle ne vaut qu'entre eux deux (18 n. 18, *Egret-Thomassin*, R. L. II, 424 ; 1^{er} mai 22, *Paran*, R. L. III, 199 ; 24 jl. 45, *Gilmaire*, R. 396). Des raisons supplémentaires de croire à l'autorité relative de la chose jugée par le Conseil, — raisons qui, à vrai dire, ne sont pas sans contribuer à expliquer la structure de l'instance, — résident en ce que, d'une part, ne sont le plus souvent déférées au Conseil que des décisions individuelles (44) et en ce que, d'autre part, la qualité pour agir n'est reconnue qu'aux représentants d'intérêts extrêmement personnels. Enfin, ce n'est pas l'absence d'arrêts faisant état de la relativité d'un arrêt antérieur qui permet de douter de celle-ci, car, si les annulations pour excès de pouvoir étaient empreintes de l'autorité absolue, c'est ce renversement des règles processuales ordinaires qui n'aurait pas manqué d'être relevé.

§ 3. — CONFUSION DES CONTENTIEUX

56. C'est ici la conclusion de l'analyse à laquelle nous venons de procéder. Nous y mettrons le sceau en observant que fait défaut la règle qui sera considérée à la fin du siècle comme la pierre de touche de la juridiction de l'excès de pou-

opposition véritablement *tierce* et, en lui faisant application des idées qui ont cours en procédure judiciaire, ainsi qu'y invite d'ailleurs l'autorité purement relative des annulations pour excès de pouvoir, constitue une nouvelle manifestation de juridiction subjective.

(44) A telle enseigne qu'il paraît difficile de refuser l'effet absolu à l'annulation d'un arrêté préfectoral qui maintenait une inscription sur la liste électorale et qui, s'il n'avait pas la valeur d'un règlement, était du moins constitutif d'une sorte d'état (22 al. 42, *élections de Troo*, R. 213).

voir : la limitation des pouvoirs du juge à l'annulation ; et nous ne nous étonnerons pas de constater, pour finir, que l'obligation ne saurait être imposée de présenter des conclusions d'excès de pouvoir dans une requête spéciale.

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil exerce de larges pouvoirs qui tiennent à ce qu'il agit au nom du chef supérieur de l'Administration, qu'il y a tout lieu de considérer comme ses pouvoirs ordinaires de juge et qui tendent en effet à s'accroître sous la Monarchie de Juillet, alors que sa situation générale se fortifie.

Par l'emprise qu'il exerce sur l'acte il ne se borne pas à le rendre caduc : il ne recule pas devant ce commencement de réformation qui consiste dans l'annulation partielle (26 mai 42, *vve Gérot*, R. 261 ; etc.). — Surtout, il ne craint pas de statuer sur les conséquences de l'annulation qu'il prononce, conséquences pécuniaires, s'il s'en présente (16 jv. 28, *ville d'Eu*, R. L. IV, 272), ou conséquences extra-pécuniaires : d'abord il ne se croit autorisé à le faire que dans les motifs (21 jv. 29, *Brière*, R. 14), puis il insère sans vergogne dans le dispositif lui-même la formule du renvoi pour faire ce que de droit (4 f. 36, *de Saint-Didier*, R. L. VI, 267 ; 27 at. 40, *Castilhon*, R. 333 ; 20 mai 42, *min. de l'Intérieur*, R. 260 ; 20 jv. 43, *Bourmizien*, R. 29 ; 19 al. 44, *jury de Bergues*, R. 239 ; 17 f. 48, *Dupuis*, R. 109 ; 15 jv. 49, *comm. de Morbiez*, R. 31 ; 24 mai 51, *Laffont*, R. 379), enfin, dans les dernières années, il s'enhardit jusqu'à se substituer à l'autorité compétente (1^{er} at. 37, *Baudot*, R. L. VI, 597) ou à lui adresser des ordres. — En dernier lieu, il lui est arrivé de décider, un peu inconsidérément, qu'il annulait un acte, « ainsi que tout ce qui s'en est suivi » (7 al. 24, *La Ferté*, R. 222).

57. Mais il est encore un autre aspect, assez particulier, de ses pouvoirs : une fois qu'il a annulé une décision pour excès de pouvoir, il passe, à condition bien entendu qu'il estime l'affaire sur laquelle elle statuait en état et qu'il soit saisi de conclusions en ce sens, au jugement sur le fond. La seule condition matérielle à laquelle il subordonne cette initiative, c'est que la question de fond rentre dans sa compétence ; et comme habituellement il exerce les fonctions de juge d'appel et que la décision annulée l'a été pour incompétence, que donc le juge compétent au premier degré n'est pas inter-

venu, n'ayant même pas été saisi, c'est à une évocation hardie qu'il procède (23 f. 20, *comm. de Beurre*, R. L. II, 657 ; 16 f. 32, *hospices de Bordeaux*, R. L. V, 120 ; 6 d. 44, *Sennequier*, R. 599 ; 21 al. 48, *Pluquin*, R. 181).

58. Ce dernier trait, ajouté à celui par lequel le Conseil statue sur les conséquences pécuniaires de son annulation, nous prépare à constater qu'il ne fait jamais aucune difficulté à accueillir les requêtes qui joignent à des conclusions d'excès de pouvoir des conclusions ressortissant à ce que nous appelons le plein contentieux (4 jn. 16, *Oursin*, R. L. II, 65 ; 16 f. 32, *hospices de Bordeaux*, R. L. V, 120 ; 24 jv. 49, *de Colmont*, R. 67 ; 23 f. 50, *de La Rochefoucauld*, R. 194 ; de même, pour des conclusions en interprétation : 1^{er} mars 51, *hospices d'Orléans*, R. 145). Comment en irait-il autrement, comment la question pourrait-elle seulement se poser, dès l'instant que le recours pour excès de pouvoir ne jouit pas en principe d'une théorie autonome ? Ce qui règne, ce n'est pas la séparation des contentieux, c'est nécessairement la confusion des contentieux.

SECTION II. — Tendance du recours à acquérir le caractère objectif

59. D'après les données constitutives (on pourrait presque dire, pour cette époque : constitutionnelles) sur lesquelles elle repose, la juridiction du Conseil d'Etat ne devait pas fatalement évoluer dès le début dans le sens d'une ressemblance accusée avec la juridiction des tribunaux judiciaires. Les deux justices étaient loin d'être également publiques, également extériorisées. Si néanmoins, par embarras, par défaut d'esprit d'invention, les formes de la juridiction subjective furent très souvent copiées par la haute assemblée, quelquefois, se retrempant à sa source, elle a adopté avec assurance pour son contentieux des formes de nature apparemment gracieuse. Ainsi advint-il pour le recours pour excès de pouvoir — et d'abord dans le principe même, dans le fait de rechercher la conformité d'une décision avec une règle abstraite —, et cette originalité partielle ne fit pas douter de son caractère pleinement contentieux.

En effet nous avons déjà senti qu'il s'accommodait plus ou

moins bien de la production de conclusions en défense, production mal venue comme la théorie entière du jugement des administrateurs dont elle est une conséquence. Voici donc trois traits de sa théorie (dont deux surtout comptent), par lesquels il se situe distinctement en dehors de la voie ordinaire du recours au Conseil. Ils ont beau ne pas attirer l'attention : ils n'en constituent pas moins les linéaments de l'organisation d'un recours objectif, la manifestation de la tendance du recours à se différencier. Cela est si vrai qu'à l'époque suivante, lorsque cette tendance se sera plus amplement affirmée et lorsque par ailleurs le contentieux administratif se sera davantage et plus foncièrement rapproché du contentieux privé, on parlera de « la voie exceptionnelle du recours pour excès de pouvoir » et on sera porté à la considérer comme non-contentieuse.

1° L'irrecevabilité du recours contentieux, en général, contre les actes de nature réglementaire ne fait pas de doute. La raison en est (SIREY, n. 247 ; SERRIGNY, 1^{re} éd., n. 26 ; DUFOUR, 1^{re} éd., t. I, p. 19 ; PROUDHON, 2^e éd., t. IV, n. 1462) que par définition ces actes ne sont pas des décisions prenant parti entre les prétentions opposées d'administrés nommément déterminés, et qualifiées pour ce motif (voy. n. 16) de « contentieuses » ; or, pour l'instant (voy. n. 48), seules les décisions de cette espèce ressortissent à la compétence du Conseil. Les recours contre eux sont donc régulièrement écartés (8 jv. 17, *l'Eclair*, R. L. II, 165 ; 26 f. 17, *charcutiers de Nanterre*, R. L. II, 184 ; 8 s. 19, *Ruellan*, R. L. II, 751 ; 3 jn. 20, *ville de Rennes*, R. L. II, 694 ; 23 at. 20, *Klein*, R. L. II, 739 ; 14 at. 22, *boulangers de Montpellier*, R. L. III, 262 ; 4 mai 26, *Fouquet*, R. 246 ; 19 jn. 38, *Voyer*, R. L. VII, 117 ; 15 jl. 42, *Chartier*, R. 369 ; 9 f. 50, *Bernier*, R. 144. *Contra*, 2 jv. 35, *Mahé*, R. L. VI, 1).

Lorsque la cause du recours est l'excès de pouvoir, d'abord la solution courante prévaut (10 jv. 21, *Dupin*, R. I, 51 ; 24 jn. 29, *commerce du charbon*, R. L. IV, 494), mais bientôt elle fait place à la solution inverse, à la recevabilité (22 mars 33, *Dailly*, R. 174 ; 5 f. 41, *Férail*, R. 50 ; 17 at. 47, *de Kergorlay*, R. 562 ; 21 al. 48, *Joly*, R. 183). En effet la tendance, que révèlent certains des arrêts et des auteurs cités, à faire de l'acte général et réglementaire une catégorie entièrement à

l'abri des recours, comparable donc (si elle ne se confond pas avec elle) à celle des actes de gouvernement, a été finalement abandonnée : le Conseil a opté expressément pour l'idée de pure administration, au deuxième sens de l'expression. Or c'est sa caractéristique même de comporter (voy. n. 38) un contrôle contentieux partiel, qui consiste au moins dans l'admission du recours pour incompétence et excès de pouvoir. Et la raison implicite qui décide le Conseil à faire jouer ce recours, c'est que, si peut-être il exclut par nature la discussion entre parties adverses, l'acte réglementaire ne répugne aucunement à l'examen de sa régularité propre.

Voilà donc un côté par où la juridiction de l'excès de pouvoir échappe aux perspectives du débat *inter partes*. En voici un autre.

60. 2° La qualité pour se pourvoir n'est pas réservée aux requérants qui peuvent justifier de la violation d'un droit. Le froissement d'un intérêt suffit. Certes, on sent que les idées courantes pèsent sur le Conseil et enchaînent sa jurisprudence ; cet intérêt est étroitement apprécié : c'est, si l'on veut, l'intérêt *individuel*. Mais, quelque proche qu'il soit du droit, il ne se confond pas nécessairement avec lui.

61. En effet, dans l'ordre de difficulté croissante, sont recevables à se pourvoir : l'administré qui a succombé dans le débat tranché par la décision « contentieuse » (20 n. 15, *Le-moine*, R. L. I, 594 ; 30 mai 21, *Gay*, R. L. III, 65 ; 17 jv. 31, *Gardissal*, R. L. V, 4 ; 18 d. 48, *Boisson*, R. 685 ; 28 jl. 49, *Alard*, R. 437), — le destinataire de l'acte individuel (18 n. 18, *Egret-Thomassin*, R. L. II, 424 ; 5 f. 41, *Férail*, R. 50 ; 10 f. 43, *vidanges d'Arles*, R. 67 ; 23 mars 45, *Saint-Joseph d'Avignon*, R. 142 ; 27 al. 50, *Dyé*, R. 400 ; 1^{er} f. 51, *comm. de Malay*, R. 75), — la victime d'un acte qui n'était pourtant pas dirigé uniquement contre elle (18 jn. 46, *Massicot*, R. 346), — l'individu qui se trouve très prochainement atteint par la décision prise, quoiqu'elle ne le vise pas personnellement, tel le créancier d'une Commune par l'annulation de l'ouverture de crédit destinée à le payer (28 f. 31, *Zoeppfel*, R. L. V, 24 ; 16 f. 32, *hospices de Bordeaux*, R. L. V, 120 ; 1^{er} at. 37, *Patron*, R. L. VI, 591 ; 2 f. 50, *ville de Mulhouse*, R. 115), — les membres du groupe humain touché par la décision (17 mars 35, *boulangers de Lyon*, R. L. VI, 72 ; et cf. sur

recours pour violation de la loi : 2 jv. 35, *Mahé [saleurs de porcs]*, R. L. VI, 1) (45).

62. Par contre, n'ont pas qualité pour recourir : l'habitant (18 al. 21, *Roux*, R. L. III, 52 ; 26 at. 29, *Détroyat*, R. 349 ; 29 jn. 44, *de Mauduit*, R. 408. *Contra*, 29 d. 40, *vve Hervé*, R. 466), — le contribuable (23 f. 41, *de Vilette*, R. 65), — le fonctionnaire qui voudrait s'en prendre à une décision intéressant le service auquel il appartient (7 mars 49, *Bidard et autres* [professeurs à la Faculté de Droit de Rennes], R. 144 ; rpr. TROLLEY, t. V, n. 2123), — l'usager du service public (31 mai 48, *C^{ie} des Fonderies de l'Ardèche*, R. 334).

63. 3° Enfin, en quelques espèces (23 jl. 38, *Villequier*, R. L. VII, 152 ; 18 d. 48, *Boisson*, R. 685), les bénéficiaires de la décision « contentieuse », ordinairement traités comme défendeurs, sont considérés comme « intervenants » et font figure comme aujourd'hui de simples défenseurs de l'acte attaqué. N'est-ce pas l'annonce de la disparition future du caractère contradictoire de l'instance en excès de pouvoir ?

(45) Le pourvoi de l'électeur, régulièrement accueilli, n'apporte aucune perturbation dans le tableau que nous dressons. Le suffrage censitaire est en effet cause qu'il émane d'un des destinataires de l'acte, lorsqu'il est dirigé contre une convocation (21 jl. 39, *élections de Mansle*, R. 396 ; 23 jl. 40, *Combes*, R. 251 ; 8 mai 41, *Saladin*, R. 180 ; 23 mai 44, *élections de Lamballe*, R. 288), et d'un membre du groupe intéressé, lorsqu'il est dirigé contre une décision relative à l'inscription d'un électeur (18 d. 40, *Osbornes*, R. 430 ; 22 al. 42, *élections de Troo*, R. 213 ; 14 mai 47, *Salles*, R. 303) ou aux résultats de l'élection (9 d. 45, *élections municipales de Fort-Royal*, R. 520).

DEUXIÈME PARTIE

La période qui s'étend de 1852 à 1872

TITRE PREMIER

FONCTIONS ET ASPECT GENERAL DU RECOURS

SECTION I. — Fonctions du recours

64. Le Second Empire est la grande époque du recours pour excès de pouvoir, celle où se transforment et sa signification et sa structure ; pour lui, c'est une seconde naissance. Mais, cette fois, il est possible d'en déterminer les circonstances non seulement par l'interprétation de la jurisprudence relative aux ouvertures, mais par la consultation des documents du temps.

Une première vague qui emporte l'excès de pouvoir vers de nouvelles destinées apparaît dès 1852 (46), à l'ouverture même de notre période (47). Elle coïncide avec le rétablis-

(46) On voudra bien nous pardonner la légère inexactitude qui consiste à traiter l'année 1852 comme appartenant à l'Empire.

(47) La matière des ouvertures n'est pas seule à le prouver. L'ont déclaré, d'abord AUCOC (*des Recours...*, p. 26 ; in *Bizet* [13 mars 67], R. 273 ; Rev. Cr. 1869, t. 34, p. 123) et LAFERRIÈRE (Rev. Cr. 1876, p. 318), mais d'autres aussi qui étaient renseignés de première main (REVERCHON, Le Droit 28 et 29 d. 64, n. IV ; Ed. M., note sous *Regnault* (14 jv. 76), R. 34 ; CHOPPIN, S.68.2.93).

sement du Conseil dans sa situation ancienne. Sa portée est toute administrative. Puisqu'elle a repris le dessus sur les ministres, la haute assemblée aurait bien envie de troquer contre une fonction de contrôle direct et général des autorités administratives celle qu'elle exerce au second ou au troisième degré, sur les cas que laisse filtrer l'écran ministériel. Or une occasion exceptionnelle l'y invite : on met présentement la dernière main à un décret-loi, appelé à porter la date du 25 mars, qui opérera au profit des préfets une large déconcentration. Les nombreuses irrégularités auxquelles ne manqueront pas de se livrer ces autorités locales, moins familières avec les habitudes administratives, moins libres de leur décision, enclines à abuser de la confiance que leur accorde le pouvoir central, n'expliqueront pas seulement le nouveau rôle que le Conseil entend jouer : elles en donneront la justification (48). Ne veut-on pas compenser la suppression de la liberté politique par la marche impeccable de l'administration ? Et, si l'excès de pouvoir est l'instrument dont il fera usage à cette fin, c'est pour trois raisons au moins : d'abord, à moins de vouloir introduire dans l'organisation du contentieux administratif un véritable bouleversement (dénué d'intérêt, au reste, pour ce qui est des litiges pécuniaires), il n'a pas le choix, l'excès de pouvoir est le seul mode général d'exercice de sa compétence immédiate ; ensuite, la notion offre depuis toujours une certaine indétermination qui se prête à un développement progressif ; enfin, si ce développement est poursuivi sans brusquerie, il ne suscitera pas la contradiction, l'Administration s'imaginant avoir affaire à la censure qu'elle subit sans protester depuis quelque vingt ans. — Dix ans plus tard, le Conseil va trouver un élément propre à le confirmer, s'il en était besoin, dans sa nouvelle orientation : non point tant le décret du 13 avril 1861, accroissant de nouveau les attributions des préfets, que les pratiques instaurées par l'un d'eux, celui de la Seine. Sa position personnelle est si forte qu'il est à l'abri du contrôle du ministre de l'Intérieur et qu'il en profite pour

(48) En ce sens, avec une franchise forcément moindre : AUCOC, *des Recours...*, p. 27 ; BLANCHE, *Ecole des Comm.*, 1864, p. 281-283 ; REVERCHON, *ibid.*, n. IV ; LAFERRIERE, *ibid.*, p. 325.

mener à bien l'œuvre des grands travaux de Paris par des procédés énergiques et économiques, mais fort peu ménagers des intérêts privés (49). Circonstance choisie pour se substituer à l'autorité ministérielle et contenir une autorité subordonnée ! Le Conseil ne s'en fait pas faute (50).

Animée de pareilles intentions, la jurisprudence rompt aussitôt avec « la théorie du scandale ». L'excès de pouvoir est une incrimination susceptible d'être retenue contre tout écart de conduite, quelque bénin qu'il soit. Le point de vue où se place le Conseil, pour les faire tous prévaloir, est celui des devoirs de la fonction. Naturellement il n'en impose pas immédiatement le respect intégral. L'incompétence est encore le terrain de départ. Mais elle ne l'est plus au même titre ni de la même façon. Elle ne représente plus l'irrégularité choquante qui soulève la réprobation, mais l'erreur qui n'est pas pardonnable, parce que l'observation par une autorité des limites de ses attributions personnelles est pour elle un devoir élémentaire. Aussi ne tarde-t-elle pas à s'agréger d'autres vices à l'intérieur de l'excès de pouvoir. La violation des formes, qui avait été si rebelle jusqu'ici, s'y prête la première. Il est aisé en effet de l'éviter : aussi, dans l'ordre de la correction administrative, vient-elle aussitôt après la transgression de la compétence. D'autres domaines sont ensuite envahis ; le mouvement qui l'emporte est si impétueux qu'il arrive même au Conseil d'excéder les bornes de sa compétence légitime. Car il ne nierait pas à qui l'interrogerait qu'en sa qualité de juridiction contentieuse il n'a pas le droit d'entreprendre sur l'activité discrétionnaire. Seulement, cette pensée ne lui est pas présente : la seule chose qui l'occupe, c'est d'assujettir l'Administration aux règles d'une saine gestion, de plier les autorités à l'accomplissement de leurs obligations professionnelles, ou, si l'on

(49) LAFERRIÈRE, *ibid.*, p. 326, — qui conclut ainsi : « Si paradoxale que cette proposition puisse paraître, on peut dire que les préfets de l'Empire, et spécialement le préfet de la Seine, furent les promoteurs principaux, quoiqu'involontaires, de toute une jurisprudence nouvelle en matière d'excès de pouvoir. »

(50) Ce n'est sans doute pas par hasard que, des quelques commentaires qui accueilleront le décret du 2 novembre 1864 ou sa préparation, deux émaneront de fonctionnaires de la préfecture de la Seine : DES CILLEULS et BLANCHE (voy. *ce n.*). Ils se sentiront visés et voudront faire contre mauvaise fortune bon cœur.

préfère encore, de les inciter à s'élever dans l'exercice de leurs fonctions au niveau prescrit par une diligence moyenne (51). A la théorie qui le guide on pourrait donner le nom de « théorie de la régulation ».

65. Toute administrative qu'en soit en son fond l'inspiration, cette théorie n'est pas dépourvue de quelque signification politique et surtout il suffirait de peu de chose pour la faire déboucher sur une perspective de cette nature. D'une part en effet elle s'insère dans le plan général qui tend à faire oublier aux citoyens, par une sage conduite de l'administration, la confiscation de la liberté politique, et ce plan a une valeur gouvernementale. D'autre part cet aspect secondaire de la matière de l'excès de pouvoir deviendrait dominant pour peu que l'attention se concentrât sur l'intérêt certain qu'offre pour le gouvernement impérial la condamnation des excès de pouvoir, et que le bienfait qui s'en dégage pour les particuliers fût jugé digne d'être traité comme l'une des fins de cette condamnation.

Or au cours de l'année 1861 (52) cette transformation se produit. L'excès de pouvoir, dès lors, devient si lourd de signification qu'il ne figure plus, fût-ce d'après les apparences, une attribution, même très importante, parmi d'autres : il figure ouvertement l'attribution primordiale du Conseil,

(51) A défaut des arrêts, la lecture des commentateurs en convaincrat : REVERCHON montre (*ibid.*) que le décret du 2 novembre est destiné à permettre au recours pour excès de pouvoir de concurrencer victorieusement le recours hiérarchique ; DES CILLEULS, parce qu'il est impatient de voir le contrôle de l'excès de pouvoir s'annexer des questions qui lui étaient naguère étrangères, s'attache (*Gaz. Trib.*, 19 o. 64, p. 1018) à démontrer qu'il ne repose sur aucun texte ; L'HÔPITAL enfin, lorsqu'il pousse à l'incorporation du détournement de pouvoir, commence par insister (*in Lesbats* [25 f. 64], R. 211) sur le fait que, du point de vue de la bonne administration, on ne saurait « admettre ni le moyen ni le procédé » employés par le préfet de Seine-et-Marne.

(52) Cette date résulte tant de la concomitance frappante du développement de ce deuxième mouvement avec l'Empire libéral que de la date des premiers arrêts rendus dans les questions qui en reçoivent un vrai renouvellement (*vide* n. 66 et cf. *infra* : n. 101, 108, 116, 121, 129, 137, 139). Au début de 1862 la décision du Conseil, jusqu'alors insoupçonnable, aussi soudaine que celle de 1852, est prise et il est difficile d'admettre que l'incubation nécessaire se soit prolongée au delà d'une année.

celle à laquelle le Conseil voue un amour de choix (53). Quelle influence a bien pu agir sur celui-ci ? La nouvelle conception a beau être virtuellement comprise dans l'ancienne (54), cet homme d'Etat collectif qu'il est a beau avoir réfléchi depuis dix ans au moins aux inconvénients de la centralisation (55), il a fallu pour le décider à enfler si résolument ses conceptions quelque choc extérieur. De fait, aux abords de 1860, on se rend compte dans les milieux dirigeants qu'utiles ou nécessaires des réformes favorables à la liberté politique doivent être entreprises : elles consisteront dans une réintroduction progressive du contrôle parlementaire et dans une plus grande réclame faite au droit de pétition. Or on pourrait les élargir et octroyer aux intérêts privés une satisfaction bien plus directe que le contrôle parlementaire, et autrement sûre que le dépôt d'une pétition devant la commission compétente du Sénat (56) : ce serait de leur accorder, dans leurs rapports avec l'Administration, la sanction des droits qui les protègent, d'ouvrir une voie de recours permettant d'annuler tous les actes irréguliers qui les blessent. C'est cette initiative que prend le Conseil, d'autant plus certain de recueillir l'assentiment du monde gouvernemental qu'ici le résultat obtenu sera non de tempérer l'autorité impériale, mais de la renforcer. Cet assentiment devient en effet visible en 1864 : les conclusions dans lesquelles ROBERT marque dans les termes

(53) L'HÔPITAL, *in ville de Châlons* (20 mars 62), R. 236 : « L'article 11 du décret de 1806... n'admet point l'exception de toute une catégorie (*et ce n'est pas la moins intéressante*) des affaires portées devant vous. »

(54) REVERCHON, *Le Droit* 28 et 29 d. 64, n. IV : « N'oublions pas que depuis 1852, et sous l'influence des vues les plus saines et les plus élevées, l'excès de pouvoir a été entendu par le Conseil d'Etat dans un sens tellement large que tout y est ou peut y être compris. » Paroles qui prennent tout leur sens quand on sait que Reverchon, maître des requêtes révoqué à la suite de l'affaire des biens d'Orléans, est un adversaire du gouvernement impérial.

(55) On trouve chez VIVIEN (*Etudes administratives*), à partir de sa deuxième édition (1852), un chapitre développé à cet égard, et particulièrement cette réflexion : « Le gouvernement prend une si grande part à toutes choses que les mécontents considèrent sa destruction comme le premier de tous les remèdes » (t. I, p. 44). Elle ne demeurait pas moins vraie après la simple déconcentration opérée en 1852.

(56) Le rapprochement avec la pétition a été expressément fait par ROBERT (*in Académie des Beaux-Arts* [21 j1. 64], R. 682) et il lui a servi à demander la gratuité du recours pour excès de pouvoir.

les plus généraux la place du recours pour excès de pouvoir dans l'économie des institutions impériales sont jugées dignes d'être insérées *in extenso* au *Moniteur* (57) et, par le décret du 2 novembre suivant, il est fait droit à la demande de gratuité qu'elles formulaient. Tout porte à croire que, dans les dernières années, la faveur officielle, loin de se démentir, gagne des cercles de plus en plus larges.

Exactement, cette deuxième vague, qui enveloppe la première et en renforce l'action, se présente ainsi : par l'effet de la centralisation, le pouvoir central subit le contre-coup de tous les actes administratifs incorrects ; les particuliers lésés l'en rendent immédiatement responsable. Pourquoi le recours pour excès de pouvoir ne serait-il pas pour l'Empereur le moyen de se décharger des griefs qui viennent peser sur lui ? Il y trouverait un avantage double. D'abord, il éviterait l'accumulation des mécontentements propres à provoquer le renversement de sa dynastie et il se déchargerait par avance de la responsabilité « devant le Peuple français » que la Constitution met en effet à son compte : à cet égard, le recours ferait au profit du régime impérial l'office d'une « soupape de sûreté » (58). En outre et en même temps, sans dépasser la limite qu'il croit seule permise dans l'ordre politique, il donnerait d'une autre façon une satisfaction substantielle aux requêtes de l'intérêt individuel (59).

De cette conception deux traits essentiels valent d'être relevés. D'abord elle est de tendance incontestablement libérale (60), les aspirations individualistes y sont prises en consi-

(57) Fait rapporté au R. 680.

(58) L'expression est d'AUCOC et il l'a si souvent répétée (*ubi infra*) qu'elle est devenue célèbre.

(59) Cf. les explications très claires d'AUCOC (E.C. 1865, p. 312 ; *in Bizet* [13 mars 67], R. 274 ; 1^{re} éd., t. I, n. 280, et 2^e éd., t. I, n. 295 ; *des Recours...*, p. 36) et de LAFERRIÈRE (Rev. Cr. 1876, p. 324-325). Adde : L'HÔPITAL, *in d'Andigné* (9 f. 65), R. 173 ; REVERCHON, *ubi supra*, n. XII ; QUENTIN-BAUCHART, ex-président de la section du contentieux, qui défend la juridiction administrative en ces termes (Rev. Cr., 1870, t. 37, p. 138) : « La justice administrative n'est pas moins nécessaire au point de vue politique, puisqu'elle est devenue, par l'introduction du recours pour excès de pouvoir par la voie contentieuse, une garantie constitutionnelle contre les abus de l'administration, ...la plus efficace qui puisse être donnée à l'administré contre l'administrateur. »

(60) BLANCHE, *Ecole des Comm.*, 1864, p. 281.

dération. Certes, quand on l'exprimait, on ne mettait pas toujours en pleine lumière cet aspect, au lieu qu'on ne manquait jamais d'insister sur l'intérêt gouvernemental ; en ce sens donc celui-ci était primordial. Mais d'ordinaire l'intérêt des citoyens était adjoind à celui du gouvernement et tous deux étaient placés sur le pied d'égalité (61). Grande nouveauté dans les desseins inhérents au système administratif français, et riche de promesses pour l'avenir !

Par ailleurs, le recours pour excès de pouvoir apparaît comme une pièce du régime impérial (62). Absorbés qu'ils sont par l'œuvre à laquelle ils se vouent, les promoteurs de son développement ne le séparent pas du cadre dans lequel il est venu prendre place. Sans doute, il n'y a là qu'une illusion d'optique : des deux foyers jumelés qui l'alimentent, le second n'est pas spécial à l'Empire, même « libéral », et le premier, dépouillé de sa nuance du moment, peut représenter le souci légitime d'un autre gouvernement (63). Mais l'illusion devait être tenace et de fâcheuse conséquence : quand le Conseil ne sentit plus derrière lui le pouvoir impérial, quand de plus, devenu officiellement juge, il fut livré à lui-même, il éprouva les doutes les plus graves sur le fondement de l'autorité qu'on lui demandait d'exercer au nom de l'excès de pouvoir (64).

Ainsi constitué, le deuxième mouvement qui soulève l'excès de pouvoir fait sentir son influence propre, non pas tant dans le domaine des moyens d'annulation, où tout son effet est de confirmer l'impulsion déjà donnée et de l'incliner un

(61) *Sic* non seulement des commentaires faits de l'extérieur : AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 280 et *des Recours...*, p. 5 ; LAFERRIERE, *ubi supra*, p. 325, — mais des conclusions prononcées par des commissaires : L'HÔPITAL, in *Gazette de France* (31 mai 66), R. 1333 ; AUCOC, in *Bizet* (13 mars 67), R. 273-274 ; DE BELBEUF, in *Comm. de Petite-Synthe* (15 mai 69), R. 470 et in *Boulangers de Montluçon* (4 f. 69), R. 95.

(62) Rien de plus caractéristique à cet égard que la présentation qu'en fait le premier grand *cours* donné sur lui par une commissaire : ROBERT, in *Acad. des Beaux-Arts* (21 jl. 64), R. 682.

(63) Voy. cette transposition déjà effectuée chez COLLIER (Rev. Cr. 1876, p. 225, n. VI et VII) et, plus curieusement, chez AUCOC (2^e éd., t. I, 1878, n. 295 ; cf. sa critique de l'interprétation historique donnée, non sans raison, par LAFERRIERE dans son *Traité* : Rev. Cr. 1888, p. 697-698).

(64) Voy. n. 145.

peu plus dans le sens de la sauvegarde des droits privés, que dans celui de la structure à donner à la voie de recours. Du moment en effet que le recours prenait figure de supplique comparable à la pétition, il importait autant de l'organiser au point de vue formel que d'élargir la censure à laquelle il vise ; et comme jusqu'ici l'effort avait porté exclusivement sur celle-ci et l'avait (au moins virtuellement, en 1860) largement étendue, c'est du côté de l'organisation de la voie de droit que se fait le plus sentir la nouvelle poussée. C'est dans ce sens qu'il serait permis de dire que *le recours* pour excès de pouvoir ne prend naissance qu'après 1860.

SECTION II. — Aspect général du recours

66. Dans l'ensemble, la situation théorique et pratique du recours avant et après 1852 offre à peine une commune mesure. Dès l'établissement du nouveau régime, il est visible qu'elle va prendre des proportions que l'évolution poursuivie depuis 1832 ne permettait pas d'escompter. Dans le détail, trois périodes doivent être distinguées, le début de chacune coïncidant sensiblement cette fois encore avec les changements d'orientations politiques : la première s'ouvre en 1852, la seconde en 1862, la troisième est celle de la commission provisoire (novembre 1870-juillet 1872). Toutefois cette dernière a une valeur purement conservatrice : chargés en somme « d'expédier les affaires courantes », les membres de la commission n'innovent en rien et décident d'après la jurisprudence acquise en 1870. Seules comptent donc les deux autres périodes.

Un trait leur est évidemment commun : la position éminente du Conseil d'Etat. Il a recouvré, en principe, dans l'organisation de l'Etat, la situation de conseiller intime et constant qu'il occupait sous le Consulat et le 1^{er} Empire. Mais cette participation à la majesté impériale n'entraîne maintenant que des avantages : elle est une source de force et d'audace, elle ne s'accompagne d'aucun reniement des principes juridiques. La part du feu une fois faite dans les premiers temps (65), la haute assemblée se signale, au contraire, et de plus en plus semble-t-il, par une certaine intransigeance sur

(65) Qu'on songe à l'affaire des biens d'Orléans.

les traditions instaurées. Comme d'autre part les progrès accomplis sous Louis-Philippe dans l'organisation juridictionnelle ont été dès janvier 52 non seulement maintenus mais accrus, le Conseil fait plus encore qu'avant 1849 figure de juge authentique.

De 1852 à 1861, par le dessein auquel ils le font servir, ses membres conçoivent implicitement le recours comme désormais différencié. Mais, allant au plus pressé, ils n'extériorisent pas en fait leur pensée : tout leur effort porte sur les ouvertures. En un an le vice de formes est incorporé ; un accueil étonnamment large est fait progressivement à la violation de la loi. — Pratiquement, et d'autant mieux que les autorités citées sont variées, que l'intérêt qui autorise à déférer leurs décisions est apprécié sans étroitesse, l'Administration est déjà tenue sévèrement en lisière.

Les intentions politiques nourries à partir de 1862 par le Conseil déclenchent un véritable brassage de la matière entière de l'excès de pouvoir et une culture diligente des produits obtenus. Parce qu'il prend une figure originale et parce qu'il s'anime simultanément dans toutes ses parties, le recours pourrait être daté de ce moment. Du côté des ouvertures l'avance se poursuit et se précipite presque : l'annexion totale de la violation de la loi est chose faite en 1864 ; la même année le détournement de pouvoir est identifié et retenu ; à plusieurs reprises, des moyens apparentés à l'erreur de fait sont pris en considération ; dans le même temps, refoulée jusqu'aux confins de l'activité discrétionnaire, se confondant avec elle, la « pure administration » perd sa raison d'être et finit par disparaître. L'organisation de la voie de droit — et c'est la grande nouveauté — s'amorce : au recours au Conseil pour cause d'excès de pouvoir se substitue une voie juridictionnelle qui n'a pas obligatoirement partie liée avec le contentieux administratif ; pour elle, une instance de type objectif est créée ; la tentation se révèle de la considérer comme de nature administrative ; corrélativement, l'obligation pour l'emprunter d'observer le délai est mise en question, l'intérêt le plus lointain suffit par instant à la faire ouvrir, l'autorité de l'annulation à laquelle elle conduit devient (sans qu'on y prenne garde d'ailleurs) absolue. Enfin il n'est pas jusqu'à des régions plus spéciales qui ne reçoivent un ébranlement :

le contrôle de l'excès de pouvoir s'étend jusqu'à un certain point aux actes de gouvernement ; le Conseil ne s'avoue pas vaincu devant le silence de l'administration. — A ces transformations profondes et rapides ne répond avant 1866 aucune réaction dans le sens restrictif. Tout au plus l'objection du recours parallèle s'implante-t-elle ; mais, d'une application pratique peu fréquente, elle met plutôt en valeur la différenciation du recours. A partir de 1866 au contraire une réaction se dessine sur plusieurs points. Le Conseil poursuit maintenant le simple agissement, condamne des irrégularités qu'il dénommerait aujourd'hui absence de « cause juridique », et de ce côté l'extension se continue : mais par ailleurs il fait jouer bien plus souvent la barrière du recours parallèle et il lui donne même sur la fin des dimensions excessives, il se souvient que le respect du délai a un caractère d'ordre public et il oppose d'office la forclusion à plusieurs requérants, il se montre embarrassé des acquisitions qu'il a faites du côté de la violation de la loi, du détournement de pouvoir et de l'erreur de fait. Il n'a pas encore trouvé, il cherche l'équilibre de sa jurisprudence. — Ainsi accrue, celle-ci exerce une influence pratique des plus sérieuses, plus visible évidemment au point de vue administratif qu'au point de vue politique ; la variété des autorités et des requérants, l'ampleur des ouvertures en sont les moyens.

Dans les dernières années de l'Empire le recours bénéficie d'une sorte d'apothéose dans tous les milieux informés (66). Le Conseil a réussi à en faire, ainsi qu'il le voulait, l'une des deux parts de ses attributions contentieuses, et celle à laquelle revient une haute considération. C'est dans cette atmosphère qu'il faut replacer pour lui donner son sens plein l'article 9 de la loi de 1872 : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

67. Ce tableau d'ensemble dressé, rassemblons ici, comme précédemment, quelques observations qui en contiennent une première confirmation.

(66) Voy. Ed. M., note sous *Regnault* (14 jv. 76), R. 35, et surtout les travaux préparatoires de la loi du 24 mai dans DELARBRE, *Loi du 24 mai 1872 annotée*, 1872.

1° Le visa de la loi des 7-14 octobre 1790 est devenu beaucoup plus fréquent et il semble qu'à son égard il faille distinguer deux périodes.

De 1852 à 1860 il conserve dans quelques arrêts son ancien rôle de soutien dans les espèces rares et un peu délicates (67). Mais ce n'est plus pour lui qu'un rôle secondaire : nombreuses sont les décisions qui l'invoquent, et c'est presque toujours en face de décrets, de décisions ministérielles et surtout d'arrêtés préfectoraux (68). N'est-ce pas un indice révélateur des intentions du Conseil ? C'est d'abord aux préfets, ensuite à toute l'administration active qu'il s'en prend, et l'instrument dont il a fait choix, c'est le recours pour excès de pouvoir : il est toujours prêt, à l'occasion, à se le rappeler à lui-même et à en avertir les autres.

A partir de 1860, l'absence du visa devient vraiment exceptionnelle, du moins à l'endroit des autorités administratives. Car, pour ce qui est des juridictions, fussent-elles de dernier ressort, leurs décisions sont presque toujours soumises à la censure de l'excès de pouvoir sans que le texte de base soit invoqué, sans doute parce qu'il n'en est plus besoin. Son point constant d'application, désormais, ce sont (69) les déci-

(67) 18 n. 52, *Guilbot*, R. 458 ; 1^{er} d. 52, *de Fleury*, R. 555 ; 28 jl. 53, *Rat*, R. 822 ; 2 at. 54, *Frémont*, R. 728 ; 6 mars 56, *Baril*, R. 177.

(68) Voy. : 14 jn. 52, *Dumoutier*, R. 230 ; 9 d. 52, *Talbot*, R. 586 ; 6 jv. 53, *Audiard*, R. 38 ; 17 f. 53, *Piédevant*, R. 228 ; 17 f. 53, *Compeyrot*, R. 249 ; 21 al. 53, *Chirade*, R. 493 ; 10 mars 54, *Bordesolle*, R. 191 ; 4 mai 54, *arrosants de Ste-Cécile*, R. 379 ; 18 mai 54, *comm. de Catillon*, R. 465 ; 22 jn. 54, *Ductos*, R. 584 ; 20 jl. 54, *Rampal*, R. 684 ; 23 n. 54, *Havet*, R. 895 ; 21 jn. 55, *hospice de Péronne*, R. 450 ; 9 at. 55, *comm. de Neuville*, R. 597 ; 19 d. 55, *comm. de Noiron*, R. 758 ; 27 mars 56, *de Pommereu*, R. 224 ; 25 jn. 57, *Collard*, R. 507 ; 19 mai 58, *Vernes*, R. 399 ; 24 f. 59, *comm. de la Chaumusse*, R. 147.

(69) Voy. : 1^{er} mars 60, *de Romont*, R. 190 ; 13 jn. 60, *Bouillant*, R. 456 ; 12 jl. 60, *Bayne*, R. 533 ; 2 mai 61, *Letellier*, R. 329 ; 26 d. 62, *Matice*, R. 874 ; 12 f. 63, *Audebert*, R. 113 ; 30 al. 63, *ville de Boulogne*, R. 404 ; 27 mai 63, *fabrique de Blensasque*, R. 458 ; 10 mars 64, *Darnaud*, R. 230 ; 21 jl. 64, *Acad. des Beaux-Arts*, R. 680 ; 6 jv. 65, *préfet de la Seine*, R. 10 ; 19 mai 65, *Daire*, R. 547 ; 14 at. 65, *hab. de Richelieu*, R. 797 ; 14 at. 65, *Courrier du Dimanche*, R. 822 ; 28 f. 66, *Lavenant*, R. 175 ; 8 mars 66, *conseil général de la Martinique*, R. 219 ; 11 al. 66, *Dujarrier*, R. 363 ; 12 jl. 66, *Follin*, R. 815 ; 14 at. 66, *Etudiants de Paris*, R. 985 ; 9 jv. 67, *Verdier*, R. 17 ; 21 f. 67, *ville de Montbéliard*, R. 186 ; 25 mars 67, *Groschat*, R. 295 ; 30 mars 67, *Fusco*, R. 321 ; 9 mai 67, *duc d'Aumale*, R. 472 ; 9 jv. 68, *Archambault*, R. 18 ; 20 f. 68, *Bouchers de Paris*, R. 193 ; 25 al. 68, *Pannier*, R. 485 ; 30 al. 68, *Desauges*,

sions proprement administratives, qu'elles émanent des préfets (qui fournissent toujours le plus gros contingent), des ministres et du chef de l'Etat ou des maires et des conseils municipaux. Qu'est-ce à dire, sinon que là est le terrain d'élection du recours et que le Conseil voue une attention et presque une affection vigilantes à l'instrument qui lui permet de s'en rendre maître ?

68. 2° Un élément important pour juger de la portée pratique du recours est la fixation du nombre des pourvois.

Le *Compte* des travaux du Conseil donne les chiffres suivants : de 1852 à 1860, 13, 14, 38, 19, 17, 15, 41, 25, 28 ; de 1861 à 1865, 45, 62, 58, 62, 71 (70). De 1866 à 1872, cette publication fait défaut. E. LAFERRIÈRE arrive pour sa part à un total de 303 affaires, entre janvier 1866 et septembre 1870 ; pour la période de la commission provisoire (novembre 1870 — juillet 1872), il ne fournit aucun chiffre (71). La moyenne annuelle des recours aurait donc été successivement : 23, 33 — 59, 6 — 60, 6. — Seulement, les auteurs du premier *Compte*, considérant sans doute que la possibilité contre les décisions juridictionnelles de premier ressort de l'appel, contre les décrets et les décisions ministérielles de recours englobant l'excès de pouvoir excluait la possibilité de notre recours lui-même, se sont restreints aux décisions juridictionnelles de dernier ressort, aux arrêtés préfectoraux et municipaux ; ceux du deuxième *Compte*, sensibles à l'orientation maîtresse de la jurisprudence, n'ont retenu que les décisions de l'empereur, des ministres, des préfets et des maires ; LAFERRIÈRE a dû procéder de même. Leurs chiffres sont donc intéressants *parte in qua* ; mais, pour en avoir de véridiques, il faut d'abord se souvenir (72) que le recours joue toujours contre les décisions des tribunaux administratifs, même de première instance.

Nous avons ainsi collectionné pour notre part une soixan-

R. 504 ; 4 f. 69, *Boulangers de Montluçon*, R. 94 ; 17 al. 69, *Tabardel*, R. 389 ; 29 jn. 69, *comm. d'Aix*, R. 644 ; 24 f. 70, *Vve Doizi*, R. 168 ; 20 jn. 70, *Anthou*, R. 825 ; 2 at. 70, *Bouchardon*, R. 970 ; 12 jl. 71, *Supervielle*, R. 85 ; 14 at. 71, *Couillaud*, R. 125 ; 6 mars 72, *d^{lle} Jaumes*, R. 142.

(70) *Compte* 1862, p. 292 et 293 ; *Compte* 1868, p. 208 et 209.

(71) T. I, p. 296.

(72) Voy. titre III, chap. I^{er}.

taine d'arrêts par an avant 1860 (et plutôt 70 sur la fin), c'est-à-dire un total déjà nettement supérieur à celui des dernières années de la période antérieure. A partir de 1860, les chiffres enflent progressivement (73) : en 1865, il y a 100 pourvois jugés dans l'année et dans les derniers temps de l'Empire, près de 120. En 1871, la commission provisoire n'expédie pas plus de 30 affaires ; mais entre janvier et juillet 1872, elle en tranche environ 55.

Nous voilà donc loin des maigres totaux de la Restauration. Mais ce qui nous en éloigne plus encore, c'est la proportion du nombre des affaires d'excès de pouvoir et du nombre global des affaires contentieuses. Ce dernier est, d'après le *Compte* (74), de 849, 1.231, 1.175, 832, 781, 982, 1.134, 893, 972 entre 1852 et 1860 (moyenne : 1.006) ; de 1.170, 1.027, 1.078, 1.202, 1.309 entre 1861 et 1865 (moyenne : 1.157) ; d'après LAFERRIÈRE, il est dans les cinq dernières années de l'Empire de 5.433 au total, et de 934 pendant la durée des pouvoirs de la commission provisoire. Si donc, avant 1860, le pourcentage des décisions d'excès de pouvoir reste comme

(73) Dans le même temps, un autre phénomène témoigne de la faveur que s'acquiert le recours dans l'entourage du Conseil, c'est-à-dire parmi les avocats et ceux qui se tiennent au courant de sa jurisprudence. Il est utilisé dans des matières où l'on n'aurait jamais eu l'idée jusqu'ici de saisir directement le Conseil par le canal de l'excès de pouvoir. C'est au point qu'on se demande par instant quel est le litige avec l'Administration que les intéressés hésiteraient à lui soumettre par cette voie. Constatation qui suffirait au besoin à prouver l'ampleur avec laquelle les examens de la violation de la loi avaient été entrepris. — L'excès de pouvoir est en effet invoqué s'agissant, par exemple, de l'emploi de l'occupation temporaire (7 jl. 63, *Leremboure*, R. 539), de l'organisation de la surveillance d'une compagnie gazière (7 at. 63, *Cie parisienne d'éclairage*, R. 648), de la mise en régie d'une entreprise de Travaux publics (7 jv. 64, *Raoult*, R. 21), d'un refus de rétrocession après expropriation (21 mai 67, *Abeille*, R. 510), de la violation prétendue d'un cahier des charges par un ordre de service (29 mai 67, *pont de Cournon*, R. 537), de l'achat de chemins vicinaux délaissés (pourvoi sans avocat : 9 jv. 68, *de Chastaigner*, R. 5), de la suppression d'escaliers ordonnée, aux frais de la requérante, pour faciliter des Travaux publics (13 at. 68, *Herman*, R. 932), de l'offre par un ministre d'une indemnité transactionnelle de 18.000 fr. (22 at. 68, *Langlade*, R. 982), de souscriptions à un emprunt de la ville de Paris (pourvoi sans avocat : 29 jn. 70, *Olivier*, R. 828), de la violation des droits tenus d'un testament par une autorisation d'acceptation de libéralité (13 jl. 70, *duc d'Aumont*, R. 898).

(74) 1862, p. 290 ; 1868, p. 206.

auparavant inférieur au 1/10, il s'en rapproche rapidement à partir de ce moment et il le dépasse au déclin de l'Empire.

Ainsi, l'augmentation massive du nombre des pourvois se situe entre 1859 et 1864 et, quoiqu'elle se poursuive par la suite, elle devient nettement moindre. Cela cadre très bien avec l'idée d'une puissante expansion du recours, décidée au cours de l'année 1861 et continuée ensuite. Mais cela ne s'accorde pas avec l'hypothèse d'un bouleversement introduit dans la juridiction de l'excès de pouvoir par la survenance du décret du 2 novembre 1864, responsable d'un brusque afflux de requêtes. Il vaut la peine d'y insister.

69. 3° L'origine de la disposition de ce décret qui a trait au recours pour excès de pouvoir se trouve dans le mouvement impétueux qui emportait ce recours depuis deux ans. Puisqu'il avait une fonction politique, puisqu'il était comparé à l'exercice du droit de pétition, il convenait de le rendre gratuit comme celui-ci : c'est ce que demanda ROBERT, dans ses conclusions sur l'affaire *Académie des Beaux-Arts*, au printemps de 1864 (75). Le gouvernement, des bonnes dispositions duquel l'insertion de ces conclusions au *Moniteur* est un sûr témoignage, donna son assentiment ; et, puisqu'alors au Conseil on travaillait à la préparation d'un décret qui devait régler quelques points importants de procédure devant les ministres et devant la haute assemblée, il fut décidé que le principe de la dispense de frais au profit du recours serait inscrit dans son article 1^{er} (76). Ce procédé, expéditif et pas trop voyant, offrait un inconvénient : un décret pouvait bien revenir sur les textes réglementaires qui rendaient obligatoire le ministère de l'avocat ou imposaient des droits de greffe, il ne pouvait pas déroger aux lois sur le timbre et l'enregistrement. Force fut donc de se contenter d'une demi-gratuité (77).

En tout cela, remarquons-le, rien de novateur quant au fond : une simple mesure de forme, participant de l'inspi-

(75) La signature impériale fut en effet acquise le 21 juillet (R. 682), mais, comme l'intervalle entre l'audience et la signature est en moyenne, à ce moment (rpr. les deux dates des arrêts reproduits dans le Bull. Trib.), de cinq à six semaines, il faut placer la séance du Conseil au début de juin.

(76) Cf. AUCOC, in *Chabanne* (11 jv. 66), R. 22.

(77) AUCOC, *Ecole des Comm.*, 1865, p. 316.

ration qui soulève alors le recours, analogue à celles qui avaient déjà été prises en matière fiscale, électorale ou de pensions. Qu'elle ne recèle pas quelque impulsion profonde, c'est ce que paraissent prouver les commentaires qui l'accueillent : on y trouve des louanges assez vaines, un enregistrement pur et simple de la part de la doctrine, des protestations discrètes ou véhémentes en faveur des victimes de la réforme, les avocats, voire les ministres, rien de plus (78).

Pas beaucoup plus que propulsive, l'action du décret ne fut inhibitive. Certes, la lecture de l'article de REVERCHON, qui les mettait en garde contre l'afflux des recours inconsiderés, dut faire impression sur ses anciens collègues et réfréner un peu leur ardeur ; ils se souvinrent de leur expérience en fait d'élections et de contributions et ils éprouvèrent certainement quelque crainte (79). Seulement, à l'usage, cette crainte ne s'avéra guère fondée. Si le nombre des recours introduits par les requérants eux-mêmes s'éleva d'abord à des chiffres relativement importants, il ne tarda pas à tomber à un niveau inférieur et à s'y stabiliser : en 1865 fut jugée une affaire sans avocat, en 1866 quatre, en 1867 dix-sept ; mais, ensuite les décisions de cette sorte ne dépassèrent pas la douzaine (80). Elles n'empêchèrent donc

(78) BLANCHE, *Ecole des Comm.*, 1864, p. 281-283. — DUFOUR, 3^e éd., t. II, n. 268 ; DUCROCQ, 3^e éd., n. 144 ; SERRIGNY (2^e éd., 1865, t. I, n. 279) ne connaît pas encore le décret. — CHAUVEAU, *Journal Droit Adm.*, 1864, p. 531 ; DE LA CHÈRE, *Bull. Trib.* 28 n. 64 ; REVERCHON, *Le Droit*, 28 et 29 d. 64.

(79) Voy. *Compte général...*, 1868, p. XXII. — Il ne faudrait d'ailleurs pas exagérer la crainte née de ce souvenir, puisqu'un homme comme BOULATIGNIER avait pu écrire : « ...Cela devait être dans les premiers temps. Mais... au bout de quelques années, lorsque la jurisprudence est bien fixée, tout rentre à peu près dans l'ordre habituel. » (*Ecole des Comm.*, 1838, 2^e partie, p. 104).

(80) Voici les chiffres exacts : 1 en 1865 : 15 d., *Mauviel*, R. 977. — 4 en 1866 : 1^{er} f., *Lebrun*, R. 73 ; 1^{er} f., *Roger*, R. 76 ; 8 mars, *Jallain*, R. 244 ; 19 jl., *élections de Chaillé*, R. 863. — 17 en 1867 : 9 jv., *Verdier*, R. 17 ; 10 jv., *Lucazeau*, R. 33 ; 22 jv., *Radziwill*, R. 94 ; 24 jv., *Carmoy*, R. 108 ; 5 f., *Guillemet*, R. 149 ; 28 f., *Laforgue*, R. 231 ; 13 mars, *Châtelain*, R. 257 ; 25 mars, *Groschat*, R. 295 ; 25 mars, *Valleran*, R. 309 ; 7 mai, *comm. de Saint-Ouen*, R. 434 ; 20 jl., *Guillon*, R. 683 ; 13 at., *Quillet*, R. 753 ; 13 at., *Seillière*, R. 766 ; 26 at., *Thévenet*, R. 813 ; 28 n., *Hertel*, R. 877 ; 19 d., *Point*, R. 934 ; 26 d., *Petitpied*, R. 963. — 11 en 1868 : 9 jv., *de Chastaignier*, R. 5 ; 27 f., *élections d'Alger*, R. 240 ; 19 mars, *ville d'Alger*, R. 317 ; 25 al., *Pannier*, R. 485, et *Gobert*, R. 487 ; 12 mai, *élections de Koubac*, R. 532 ; 18 jn., *Jousnet*, R. 684 ; 5 at., *Mi-*

pas que la vitesse d'accroissement du volume des affaires d'excès de pouvoir n'allât après 1865 en diminuant. Par suite, il n'est pas interdit d'attribuer au décret quelque influence sur les tendances restrictives qui se firent jour à partir de 1866 en jurisprudence. Mais ce ne fut qu'une influence secondaire : ce qui permet de l'affirmer, c'est que ces tendances représentent des réactions vis-à-vis d'actions qui venaient tout juste d'être accomplies *et dont le Conseil n'avait pas encore pris pleine conscience*. Même sans le décret elles se seraient produites ; et, de fait, celle qui instaure l'exception de recours parallèle se dessine avant lui.

70. 4° L'examen de l'excès de pouvoir revêt désormais une ampleur suffisante pour que les arrêts ne le traitent plus comme une question de simple recevabilité. Si l'on trouve encore quelques rédactions défectueuses, qui ne paraissent pas, au vrai, tenir à la matière (81), la grande majorité des arrêts fait avec exactitude, souvent dans la même espèce, la distinction de la recevabilité et du fond (82) ; et rien qu'avec eux il est possible de dresser la liste des conditions de recevabilité (83).

chon, R. 842 ; 22 at., Duvallet, R. 962 et Fortier, R. 981 ; 14 d., Fabien, R. 1016. — 12 en 1869 : 7 jv., *comm. de Bourg-le-Roi*, R. 16 ; 13 f., Layet, R. 148, et Tirard, R. 149 ; 6 mars, Lallement, R. 211 ; 7 al., *comm. de Saint-Mamet*, R. 321 ; 15 al., Lambert, R. 371 ; 28 al., *ville d'Evreux*, R. 399 ; 15 mai, Blamoutier, R. 474, et Greset, R. 483 ; 26 jn., Pébernard, R. 620 ; 21 jl., *comm. d'Yseure*, R. 697 ; 22 d., Courcelle, R. 1005. — 12 en 1870 : 26 jv., Verdelle, R. 34 ; 16 f., Balmier, R. 108 ; 24 f., Clauzel, R. 168 et *hospice de Saint-Lô*, R. 177 ; 9 mars, *comm. de Sancy*, R. 249 ; 15 jn., Catusse, R. 763 ; 24 jn., Bleuse, R. 783 ; 29 jn., Olivier, R. 828 ; 21 jl., Depierris, R. 923 ; 2 at., *syndicat de Saint-Pierre-le-Vieux*, R. 974 ; 9 at., Campagne, R. 1040 ; 7 d., *ville de Bavi*, R. 1091. — 1 en 1871 : 14 at., Chambrouly, R. 122. — 2 en 1872 : 4 jl., *élections de Calacuccia*, R. 399 ; 25 jl., *élections de Montpezat*, R. 471.

(81) 18 n. 52, Guilbot, R. 458 ; 27 mai 63, Estienne, R. 448 ; 14 d. 68, Fabien, R. 1016.

(82) 26 jl. 54, Aubert, R. 710 ; 27 mars 56, *de Pommereu, Busseroles et Audiffred* (3 arrêts), R. 224 ; 20 mars 62, Petit, R. 213 ; 27 mai 63, *fabrique de Blensasque*, R. 458 ; 27 mai 63, Drillet *de Lannigou*, R. 470 ; 20 jl. 67, Trône, R. 689 ; 15 al. 68, Robineau, R. 411.

(83) Elles sont comme aujourd'hui au nombre de cinq et ont trait à l'acte (26 mai 66, Moly, R. 506), au requérant (30 mars 67, Leneveu, R. 316), à la forme (19 jl. 66, *élections de Chaillé*, R. 863), au délai (20 mars 62, *ville de Châlons*, R. 234), au recours parallèle (27 mai 63, Avenet, R. 445).

Les lignes générales étant ainsi marquées, une image détaillée du recours ressortira, comme pour la période antérieure, de la considération successive de l'étendue des moyens d'annulation retenus et de la structure donnée à la voie de droit.

**SECTION III. — De la distinction qui est faite
entre les décisions administratives contentieuses
et non-contentieuses**

71. La considération préalable de cette question demeure cependant nécessaire, d'autant mieux qu'une métamorphose radicale et immédiate s'y observe.

L'assimilation à un jugement, l'attribution de la valeur « contentieuse », dont était gratifiée jusqu'ici toute décision administrative qui venait départager des prétentions opposées, est chose révolue. Dès 1852 (84), et sans se démentir un instant, la jurisprudence se forme en ce sens que les actes ainsi pris par les administrateurs actifs « n'ont pas le caractère de décisions contentieuses », « ne constituent pas des actes de juridiction », mais des « actes d'administration ». Cette volte-face doctrinale exprime nécessairement la restriction de la qualification contentieuse aux seules décisions qui la méritent et la répartition correcte des organes de l'administration en juridictions et autorités. Telle est bien, en effet, la conclusion formulée par les commissaires du gouvernement ou par les commentateurs du temps les mieux informés, notamment par BOUCHENÉ-LEFER dans les vigoureux articles par lesquels il débarrassa définitivement la théorie de la confusion (85). Le seul vestige qui

(84) 8 al. 52, *Laurent*, R. 88 ; 26 jl. 55, *Illiers*, R. 558 ; 22 n. 55, *Delacre*, R. 656 ; 26 n. 57, *comm. de Monnerieu*, R. 743 ; 10 f. 65, *marais des Queyries*, R. 194 ; 15 f. 66, *Fresneau*, R. 104 ; 31 jv. 67, *ville de la Ciotat*, R. 125.

(85) ROBERT, *in Petit-Colas* (23 jv. 64), R. 51 ; DE BELBEUF, *in Sallard* (7 mai 67), R. 440-441. — CHRISTOPHLE, *Bull. Trib.* 20 jl. 63 ; BOUCHENÉ-LEFER, *de la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, ou du contentieux et du non-contentieux administratif*, *Rev. Pratique*, 1864, t. 17, p. 433-467 et 1865, t. 19, p. 145-183 ; c'est, semble-t-il, dans le troisième article qu'il avait annoncé, et que la mort sans doute l'empêcha de composer, que l'auteur aurait condensé sa pensée

subsiste de l'ancienne doctrine, c'est une certaine propension à considérer l'analogie qui existe entre la décision administrative individuelle à laquelle une contention est sous-jacente et la décision de justice (86) ; de cet état d'esprit nous verrons les suites dans la construction de l'instance.

Sur l'origine de la conversion du Conseil, le doute n'est guère possible. Il y a beau temps que cette fausse conception du jugement en administration devait l'impatienter. Seulement, sans elle, comment justifier l'exercice de sa compétence ? Force était de la conserver. Or voici que sa position dans l'Etat est redevenue si élevée et si incontestable qu'il n'a plus besoin de pareil tuteur. Il l'écarte donc sans retard, pour lui substituer la reconnaissance pure et simple de la réalité. — Seulement, quoiqu'il ne le pressente pas, il n'a ainsi éludé la question de la justification, ou tout au moins de l'explication, de son intervention que pour un temps. Car elle va redevenir pressante, du fait précisément de l'excès de pouvoir : celui-ci va prendre une telle extension que le Conseil sera dans l'obligation de déterminer cette fois le point où finit l'exercice légitime de son autorité de juridiction, où commence le jeu du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Dans cette recherche, il ne disposera même plus de l'apparence d'un principe directeur. Aussi ne faudra-t-il point nous étonner de le voir marcher à tâtons.

dans une formule ; mais il a fait assez abondante et assez sûre application des idées modernes, seules raisonnables en la matière, pour qu'on voie où il place le critère de la distinction.

(86) Voy. 9 jv. 68, *Servat*, R. 12 ; 4 al. 56, *Fournet*, R. 262 ; et mieux encore : L'HÔPITAL, in *Ville de Châlons* (20 mars 62), R. 236 et 237.

TITRE II

ETENDUE DES MOYENS D'ANNULATION

72. Le point de départ, c'est l'idée que l'étendue de l'excès de pouvoir coïncide, virtuellement du moins, avec celle des obligations professionnelles, qu'une défaillance quelconque au regard de celles-ci est susceptible de devenir un excès de pouvoir. C'est ce qu'exprime bien SERRIGNY (87) : « Le Conseil d'Etat... reconnaît l'excès de pouvoir toutes les fois que l'administrateur a fait ce qu'il n'aurait pas dû faire, s'il s'était conformé aux devoirs de ses fonctions ».

Aussi l'image qui convient le mieux à la jurisprudence n'est plus désormais celle d'un être attaché sur place, qui, tirant sur sa chaîne pour gagner un lieu voisin, ne réussit qu'à l'allonger et ne s'établit vraiment qu'à l'endroit qu'il a dès l'abord occupé. C'est celle d'un cours d'eau primitivement souterrain, qui jaillit coup sur coup en plusieurs points du terrain qui est destiné à devenir son lit et même en quelques points situés légèrement en dehors. REVERCHON (88) déjà s'était ainsi représenté le développement de l'excès de pouvoir après 1852 : « L'excès de pouvoir... embrasse ou peut embrasser tous les griefs, soit de droit, soit même quelquefois de fait, auxquels peut donner lieu un acte d'une autorité administrative. Nous savons bien qu'on se flatte d'opposer une digue à l'envahissement de ce flot ;

(87) 2^e éd., 1865, t. I, n. 31.

(88) *Observations sur le décret du 2 n. 1864*, Le Droit 28 et 29 d. 64, n. VIII.

on définira, dit-on, ce qui n'a pas encore été défini ; on fermera à moitié les portes qu'on avait cru devoir ouvrir à deux battans... ». C'est une observation semblable que suggère le rapprochement des formules par lesquelles les commissaires du gouvernement s'essaient, entre 1864 et 1868 environ, à déterminer le contenu de l'excès de pouvoir : presque jamais elles ne concordent terme à terme (89) ; on est donc induit à penser qu'elles sont le fruit d'un tri, conscient ou inconscient, sincère ou prémédité, dans les matériaux surabondants qu'offraient les arrêts.

Il va sans dire dès lors que ces arrêts ne sont pas la manifestation effectuée point par point d'un plan arrêté : le Conseil ne s'est pas dit qu'il incorporerait le vice de formes, puis la violation de la loi, etc. Il a consulté le sentiment qu'il avait de l'excès de pouvoir, et il a, par exemple, rendu une suite de décisions telle que le vice de formes s'est trouvé incorporé. Quand donc on procède à une énumération distincte des irrégularités qui composent sous le Second Empire l'excès de pouvoir, il faut se prémunir contre une double erreur qui serait de croire, d'une part que leur annexion s'est faite d'un seul coup, d'autre part qu'une fois faite, le juge prenait conscience d'elle et en conservait la mémoire. Mais, ceci dit, ce n'est point, lorsqu'on se place comme nous au point de vue historique, trahir la jurisprudence que de la débiter en tranches : bien réellement, ces tranches ont existé. Le procédé est d'autant plus légitime que certaines au moins des expressions qui vont nous servir de têtes de sections correspondent à des vices qui ont déjà été isolés par le Conseil : l'incompétence, le vice de formes et la violation de la loi sont des notions non seulement qu'il a rencontrées chez les commentateurs de la jurisprudence judiciaire, mais qu'il a personnellement pratiquées du fait du recours pour vice de formes ou violation de la loi contre les ordonnances, du fait des quelques recours *omisso medio* qui peuvent arguer de ces deux moyens, du fait enfin du recours pour incompétence et excès de pouvoir.

(89) Voy. : ROBERT, in *Académie des Beaux-Arts* (21 j1. 64), R. 682 ; L'HÔPITAL, in *Gazette de France* (31 mai 66), R. 1333 ; AUCOC, in *Bizet* (13 mars 67), R. 275 ; DE BELBEUF, in *Coget* (17 jv. 68), R. 52, et in *Boulangers de Montluçon* (4 f. 69), R. 95.

SECTION I. — L'incompétence

73. Parce que la tradition en est établie et parce que l'observation par une autorité des limites de ses attributions constitue la diligence *minima* qui puisse être réclamée d'elle, l'incompétence demeure une forme de l'excès de pouvoir. La chose est tellement sûre qu'il est inutile d'en rassembler les preuves. Ce qu'il faut seulement observer, c'est que brusquement, à partir de 1852, on ne trouve plus un seul arrêt qui fasse état de l'identité de principe des deux notions, — signe très probable que la seconde s'est enrichie et déborde désormais largement la première (90).

SECTION II. — Le vice de formes

74. Dès l'abord, il y a tout lieu de penser qu'en fait de vice de formes l'admission parcimonieuse qui s'observait précédemment a fait place à une admission généralisée. D'un bout à l'autre de l'Empire, il est en effet possible d'établir une liste fournie de décisions qui retiennent ce vice (91). Chez plusieurs écrivains qui suivent attentivement la marche de la jurisprudence il est nommé en général et sans restriction (92). Il l'est même ainsi, semble-t-il, dans certains ar-

(90) Aussi l'appellation « recours pour incompétence et excès de pouvoir » n'est-elle plus de mise après 1852.

(91) 2 al. 52, *ville de Chaumont*, R. 68 ; 13 at. 52, *Lasaigne*, R. 373 ; 13 at. 52, *Cany*, R. 377 ; 16 d. 52, *Chadeysson*, R. 622 ; 12 mai 53, *ville de Brioude*, R. 519 ; 12 at. 54, *comm. de Lorige*, R. 767 ; 26 jl. 55, *comm. de Hon-Hergies*, R. 567 ; 7 f. 56, *comm. de Buxérulles*, R. 119 ; 4 al. 56, *Rivière*, R. 255 ; 6 mai 58, *Grisel*, R. 348 ; 16 d. 58, *Martainville*, R. 716 ; 24 f. 60, *Loudières*, R. 144 ; 8 mars 60, *Giraud*, R. 192 ; 12 jl. 60, *Guillemin*, R. 532 ; 24 jv. 61, *Devin*, R. 48 ; 8 s. 61, *Lassis*, R. 811 ; 28 n. 61, *Maréchal*, R. 859 ; 30 jv. 62, *Lemarié*, R. 81 ; 28 mars 62, *Mosnier*, R. 255 ; 16 at. 62, *Recurel*, R. 649 ; 12 f. 63, *Grelleau*, R. 107 ; 27 mai 63, *Delahaye*, R. 477 ; 26 n. 63, *Rallier*, R. 779 ; 14 at. 65, *comm. de Beaumont*, R. 800 ; 28 f. 66, *Rousselle*, R. 178 ; 3 at. 66, *comm. d'Esboz-Brest*, R. 920 ; 9 mai 67, *Donnève*, R. 458 ; 1^{er} at. 67, *Dezaibats*, R. 734 ; 9 jv. 68, *Servat*, R. 12 ; 8 f. 68, *Jousseauime*, R. 137 ; 10 f. 69, *comm. de Tromarey*, R. 136.

(92) LEVIEZ, in *Fleury* (8 al. 58), R. 282 ; DEVAUX, 1862, p. 10 ; ROBERT, in *Acad. des Beaux-Arts* (21 jl. 64), R. 682 ; REVERCHON, *Le Droit* 28 et 29 d. 64, n. IV ; L'HÔPITAL, in *Gazette de France* (31 mai 66), R. 1333 ; DE BELBEUF, in *Boulangers de Montluçon* (4 f. 69), R. 95.

rêts (93). Enfin il est probable que son annexion date du début même de notre période, car on relève dans les premières années, et dès 1852, des arrêts (dont la décision *Dumoutier* est le prototype) qui, s'ils n'osent pas encore accorder expressément la qualification d'excès de pouvoir au vice de formes, le rapprochent néanmoins de l'incompétence pour faire de ces deux moyens de recours la source d'une autorité unique, laquelle est sûrement la juridiction des excès de pouvoir, puisqu'ils sont tous deux placés sous l'égide de la loi des 7-14 octobre (94). De fait, le respect des formes, qui sont destinées à scander la démarche de l'administration ou, comme dit BAROCHE (95), « à compléter les pouvoirs » des autorités, paraît bien être un élément de la déontologie administrative, et s'y plier étant aisé son absorption ne saurait tarder.

75. D'un examen plus serré des arrêts il résulte que cette absorption a bien été générale et quasi-immédiate. Les formes administratives ne sont pas en effet en si grand nombre qu'on n'en puisse dresser la liste ; or il n'en est pas qui ne s'impose désormais à peine d'excès de pouvoir et les dernières hésitations dans cette voie ne dépassent pas l'année 1852.

Donnent ainsi régulièrement naissance à l'excès de pouvoir : le respect du droit de la défense, forme vraiment substantielle qui avait déjà été prise en considération (96), — les mises en demeure préalables, qui s'évadent maintenant du cercle étroit de la tutelle où elles avaient été jusqu'ici confinées (97), — les enquêtes, qui sont d'abord écartées (98), mais qui, ne serait-ce que pour contenir elles aussi un aver-

(93) 25 jn. 57, *Collard*, R. 507 ; 24 jn. 70, *Bleuse*, R. 783 ; 14 jl. 71, *Neveu*, R. 98.

(94) 14 jn. 52, *Dumoutier*, R. 230 ; 30 al. 52, *comm. de Sarron*, R. 132 ; 4 jn. 52, *Gilles*, R. 215 ; 7 d. 54, *de Matha*, R. 951 ; 22 jv. 57, *Cie de Truffy et Pierka*, R. 66.

(95) *In Ménard* (12 al. 60), R. 305.

(96) 23 jv. 64, *Petit-Colas*, R. 50 ; 11 al. 66, *Dujarrier*, R. 363 ; 14 at. 66, *Etudiants de Paris*, R. 985.

(97) 2 al. 52, *ville de Chaumont*, R. 68 ; 26 jl. 55, *comm. de Hon-Hergies*, R. 567. — 8 f. 68, *Jousseau*, R. 137. — 14 at. 65, *Courrier du Dimanche*, R. 822. — 22 jv. 57, *Brunet*, R. 68 ; 1^{er} mars 66, *Barni*, R. 189 ; 1^{er} at. 67, *Dezaibats*, R. 734 ; 11 d. 71, *Blanc*, R. 284.

(98) 4 jn. 52, *Gilles*, R. 215 et concl. DU MARTROY.

tissement, sont promptement retenues (99), — les expertises et plus généralement les modes précis d'établissement des faits auxquels doit s'astreindre l'administration (100), qui avaient déjà reçu, d'ailleurs, un commencement de consécration, — les avis (101), — la régularité de la composition d'une autorité collective (102), quoiqu'elle ait d'abord engendré l'hésitation (103), — le respect par une juridiction des délais dans lesquels elle doit être saisie (104), — la rédaction motivée des décisions juridictionnelles, quoique d'abord négligée (105).

76. Sur trois points cependant la haute assemblée tempère sa nouvelle attitude. D'abord elle ne venge pas le mépris d'une forme, lorsqu'à son avis celle que l'administration lui a substituée lui équivaut et qu'ainsi elle a été respectée sinon dans sa lettre, du moins dans son esprit (106). En second lieu elle passe condamnation sur l'irrégularité commise, lorsqu'elle a été réparée avant qu'elle-même ait statué (107). Enfin elle apprécie si la violation des formes dont se prévaut la requête, et qui n'avaient même pas toujours le caractère obligatoire, présente une importance sérieuse ; elle aboutit de la sorte à mettre de côté quelques formes, considérées comme négligeables (élection de domicile préalable à une adjudication de travaux, obligation pour le maire de faire désigner par le conseil un secrétaire, etc.) (108).

(99) 20 jl. 67, *Trône*, R. 689 ; 15 jn. 64, *Gaunard*, R. 573. — 6 mai 53, *Perrache*, R. 500 ; 17 jl. 62, *Larnac*, R. 574. — 27 mars 56, *de Pommereu*, *Busseroles*, *Audifred* (trois arrêts), R. 224.

(100) 13 at. 52, *Cany*, R. 377 ; 24 f. 60, *Loudières*, R. 144 ; 30 jv. 62, *Lemarié*, R. 81 ; 27 mai 63, *Estienne*, R. 448. — 6 mars 56, *Baril*, R. 177. — 8 mars 66, *conseil général de la Martinique*, R. 219. — 9 jv. 68, *Servat*, R. 12.

(101) 27 mars 56, *de Pommereu* et les deux autres arrêts précités ; 15 al. 57, *Etangs du Forez*, R. 257 ; 8 mars 60, *Giraud*, R. 192 ; 12 jl. 60, *Guillemain*, R. 532 ; 27 mai 63, *fabrique de Blensasque*, R. 458.

(102) 14 at. 66, *Etudiants de Paris*, R. 985. — 6 mai 58, *Grisel*, R. 348 ; 14 at. 65, *comm. de Beaumont*, R. 800 ; 25 al. 68, *Pannier*, R. 485 ; 29 jn. 69, *comm. d'Aix-en-Othe*, R. 644.

(103) 13 at. 52, *Lasaigue*, R. 373, REVERCHON concl. contr.

(104) 14 d. 54, *Houry*, R. 974 ; 28 f. 66, *Rousselle*, R. 178.

(105) 13 at. 52, *Lasaigue*, R. 373. *Contra* : 14 al. 53, *Anglade*, R. 479. (106) 14 jn. 52, *Dumoutier*, R. 230 ; 20 at. 64, *gare de la Guillotière*, R. 828 ; 11 al. 66, *Dujarrier*, R. 363 ; 9 jv. 68, *Servat*, R. 12.

(107) 22 jv. 57, *compagnie de Truffy et Pterka*, R. 66.

(108) AUCOC, in *Servat* précité, R. 14, — et : 16 f. 54, *Castillon*,

Elles le sont en effet, et leur mise à l'écart, pas plus que les deux autres tempéraments, n'empêche de conclure qu'en matière d'observation des formes le Conseil a fait volte-face depuis 1853.

SECTION III. — La violation de la loi

77. Nous introduira dans cette troisième province la persistance de la jurisprudence relative au respect du point de droit jugé. Elle a beau être de toujours : la modification survenue dans les principes, la révocation de la « théorie du scandale » font qu'elle apparaît comme la première sanction accordée de façon générale, au titre de l'excès de pouvoir, aux règles de fond qui lient l'administration (109).

78. Mais il apparaît tout de suite probable que la prise en considération audit titre des règles de fond est autrement large. Quelle que soit en effet leur origine, elles s'imposent à l'administrateur dans l'exercice de ses fonctions, et leur violation a d'autant plus de chances de former excès de pouvoir qu'en 1851 existait déjà en ce sens un mouvement prononcé. Il est vrai qu'entre les deux notions l'incompatibilité est de principe ; elle ne se rencontre pas seulement dans la matière de l'excès de pouvoir administratif, où le caractère généralement non choquant de la violation de la loi suffisait jusqu'ici à tout expliquer, mais dans la théorie générale de l'excès de pouvoir, telle qu'elle est puisée à la source judiciaire : à l'excès de pouvoir s'oppose « l'abus de pouvoir » et le premier est confiné dans la région des vices formels, extrinsèques. Seulement, on ne voit pas bien le Conseil d'Etat se mettant désormais fidèlement à l'école des tribunaux judiciaires ; on le voit d'autant moins que, conduite par un juge contre la décision d'un autre juge, la recherche de la violation de la loi est autrement entreprenante que dirigée contre la décision d'un administrateur : car pour le juge, le respect de la loi de fond est la norme suprême de son activité ; pour

R. 104 ; 10 jv. 56, *Renout*, R. 25 ; 8 mars 60, *Giraud*, R. 192 ; 10 mars 64, *Darnaud*, R. 230 ; 9 jv. 68, *Servat*, précité ; 25 al. 68, *Pannier*, précité.

(109) 26 jv. 54, *ville de Bastia*, R. 56 ; 26 jl. 55, *Boutrand*, R. 565 ; 21 f. 67, *ville de Montbéliard*, R. 186 ; 15 al. 68, *Robineau*, R. 411.

l'administrateur, c'est l'opportunité, et l'observation de la règle de fond n'est qu'une condition, plus intérieure que les autres, apposée à l'exercice de son action.

De fait, on trouve chez des commissaires du gouvernement non seulement des appréciations de l'excès de pouvoir faites *in specie* de ce point de vue, lesquelles ne nous mèneraient pas nécessairement plus loin qu'avant 1852, mais des formules d'inclusion générale (109). Il s'en rencontre de semblables chez les commentateurs de l'époque (110) ; deux témoignages sont particulièrement nets et précieux, celui de REVERCHON : « Toute violation de la loi, toute irrégularité dans les formes constitue ou peut constituer aujourd'hui, devant cette haute juridiction, un excès de pouvoir », et celui de SERRIGNY : « Le Conseil d'Etat tend à donner aux mots *excès de pouvoir* une interprétation très large et à les entendre comme synonymes d'*abus de pouvoir* ; ce qui lui donne la faculté d'étendre son contrôle sur l'administration active et de la tenir sous sa dépendance ou de lui lâcher la bride. Il se sent assez fort et assez juste pour ne point abuser de l'autorité qu'il exerce ».

§ 1. — VERS L'ADMISSION DE LA VIOLATION DE LA LOI

79. Il est pourtant d'abord un lot de décisions qui demeurent réfractaires au contrôle de la violation de la loi. Pour elles l'excès de pouvoir s'entend de l'incompétence et du vice de formes (111). Ce sont celles des conseils de révision (112), des jurys de révision de la garde nationale (113), des

(109) ROBERT, *in Legendre* (23 jv. 62), R. 71 et 73 ; L'HÔPITAL, *in ville de Châlons* (20 mars 62), R. 235. — ROBERT, *in Acad. des Beaux-Arts* (21 jl. 64), R. 682.

(110) REVERCHON, *Le Droit* 28 et 29 d. 64, n. IV ; SERRIGNY, 2^e éd., 1865, t. I, n. 227 ; CHAUVÉAU, *Journal Droit Adm.*, 1863, p. 407 et 1864, p. 531 ; DUFOUR, 3^e éd., t. I, 1868, n. 438 et 463.

(111) Sur ce dernier point, où s'observe un changement par rapport à la période antérieure, voy. les arrêts *Anglade* (14 al. 53, R. 479) et *Baril* (6 mars 56, R. 177).

(112) 8 mai 61, *Buret*, R. 344 ; 25 mars 67, *Groschat*, R. 295 ; 14 jv. 69, *Dubost*, R. 43 ; 13 f. 69, *Layet*, R. 148 ; 18 at. 69, *Pommès*, R. 819.

(113) 22 d. 53, *Lisle*, R. 1092 ; 17 s. 54, *min. de l'Intérieur*, R. 856 ; 25 jn. 57, *Molz*, R. 519 ; 24 al. 62, *Rister*, R. 324 ; 13 at. 68, *Gossin*, R. 922 ; 18 d. 69, *Vauthier*, R. 988.

conseils de recensement (114), enfin des conseils de révision institués en 1870 pour statuer sur l'incorporation des gardes nationaux dans les compagnies de guerre (115). — Les raisons de cette attitude sont toujours les mêmes : le Conseil reste jusqu'au bout impressionné par le mot « définitif » dont use la loi de recrutement (116), et la loi sur la garde nationale du 13 juin 1851, autorisant à lui déférer les décisions des jurys « pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi », lui fournit la base d'un raisonnement *a contrario*. Il faut ajouter, pour achever de rendre compte de cette jurisprudence et pour en expliquer l'extension aux conseils de recensement, simples autorités administratives désormais (117), que le Conseil recule devant le caractère assez spécial des questions dans lesquelles le ferait entrer ici l'examen de la régularité au fond.

80. Ce cas particulier mis à part, les arrêts sont nombreux et variés qui s'opposent à l'inclusion de la violation de la loi ou de la violation de la loi et d'un droit subjectif (118).

On en rencontre s'agissant (119) du refus d'imputer des cotes irrécouvrables sur le fond de non-valeurs (120), — des inscriptions d'office (121), — de l'admission à l'entrepôt communal (122), — d'un alignement (123), — d'une expulsion

(114) 22 at. 68, *Fortier*, R. 981. Ne contredisent pas cette jurisprudence deux arrêts qui traitent d'excès de pouvoir cette violation de la loi énorme qui consiste à obliger au service dans une formation qui ne doit comprendre que des volontaires : 2 at. 54, *Frémont*, R. 728; 6 mars 57, *Davèsnès*, R. 179.

(115) 3 jv. 71, *Barizel*, R. 1.

(116) Voy. les arrêts *Groschat* et *Layet* précités, ou *Aucoc*, in *Brus-sant* (22 al. 65), R. 448 et 449.

(117) Voy. DE BELBEUF, in *Sallard* (7 mai 67), R. 440 et 441.

(118) Parallèlement, on voit aussi des commissaires se refuser, en règle, à cette inclusion (DE LAVENAY, in *Baril* [6 mars 56], R. 178) ou la traiter comme très douteuse (ROBERT, in *Bourcier* [26 d. 62], R. 871).

(119) Si l'on rapproche ce catalogue du tableau déjà donné (n. 27 et 28) de l'avance accomplie avant 1852 par la violation de la loi, on observe immédiatement un recul sur certains points (en matière d'inscriptions d'office et de décisions de police notamment). Mais nous n'avons pas cru devoir instituer systématiquement la comparaison : pour qu'elle fût significative, il faudrait que l'inspiration générale du recours n'eût pas changé brusquement du tout au tout et que les textes de 48 et 49 conservassent quelque valeur.

(120) 24 jl. 52, *Bernard*, R. 305. — (121) 24 f. 53, *Département de la Vienne*, R. 269. — (122) 22 at. 53, *ville de Cosne*, R. 839. — (123) 2 d. 53,

hors de France (124), — d'une cession de chemin (125), — de la suppression d'une prise d'eau sur une rivière navigable (126), — de la main-mise du Domaine sur un immeuble réclaté privativement par un particulier (127), — de l'assiette à donner à une expropriation (128), — du refus de laisser débarquer à la Réunion des émigrants (129), — de décisions de police (130), — d'une décision tendant à exclure d'un asile d'aliénés les non-aliénés (131), — des révocations de fonctionnaires (132), — de l'exclusion d'un fournisseur (133), — des refus d'autorisation de reconstruire ou de réparer (134), — du maintien d'une servitude d'écoulement au profit de la voie publique (135), — des occupations temporaires ou des occupations de terrains jugées nécessaires à l'exploitation d'une mine (136), — des approbations de tutelle (137), — des délimitations domaniales et des déclarations de domanialité (138), — de mesures de police des eaux (139).

81. Pourtant persiste la très large notion que se fait de l'excès de pouvoir le Conseil lorsqu'il examine des arrêtés de conseils de préfecture ; applicable à des jugements rendus après l'expiration d'un délai préfixe ou *ultra petita*, à des reliefs de déchéance (140), elle ne saurait sûrement pas être ramenée à l'incompétence ou au vice de formes.

Jourdain, R. 1020. — (124) 8 d. 53, *dame de Solms*, R. 1037. — (125) 18 mai 54, *comm. de Brives*, R. 471. — (126) 7 d. 54, *de Matha*, R. 951. — (127) 5 jv. 55, *Brouard*, R. 13. — (128) 27 mars 56, *de Pommereu, Busseroles et Audiffred* (3 arrêts), R. 224. — (129) 6 mars 57, *Bédier*, R. 177. — (130) 30 mars 53, *de Bréval*, R. 407 ; 7 jv. 58, *Arrachard*, R. 45. — (131) 14 jl. 58, *ville de Bar-le-Duc*, R. 513. — (132) 21 mai 52, *L...*, R. 174 ; 21 jl. 53, *Lainné*, R. 743 ; 30 d. 58, *Vaissière*, R. 779. — (133) 16 at. 59, *Didier*, R. 599. — (134) 14 at. 52, *Vaudé*, R. 401 ; 25 n. 52, *Clerisse*, R. 518 ; 1^{er} d. 52, *Prouvost*, R. 578 ; 30 jv. 62, *Benoist*, R. 94. — (135) 18 f. 64, *Gobréau*, R. 172. — (136) 28 mars 62, *mines de Littry*, R. 270 ; 7 mai 63, *Sauzéas*, R. 424 ; 7 jl. 63, *Leremboure*, R. 539 ; 14 al. 64, *Denier*, R. 348. — (137) 29 d. 58, *Lefrançois*, R. 768 ; 30 mai 61, *Coupé*, R. 452 ; 18 f. 63, *Motte*, R. 151 ; 9 d. 64, *Gibouin*, R. 975. — (138) 26 jn. 52, *comm. de Frontignan*, R. 265 ; 30 jn. 53, *de Blois*, R. 660 ; 20 al. 54, *ville de Nogent*, R. 328 ; 9 at. 55, *Grass*, R. 601 ; 19 jl. 60, *Port de Bercy*, R. 562 ; 23 mai 61, *Coquard*, R. 412 ; 5 mai 64, *comm. d'Hautmont*, R. 430 ; 15 f. 66, *Noël*, R. 88. — (139) 8 al. 52, *de Lascours*, R. 89 ; 9 f. 54, *Poirier*, R. 91 ; 20 jl. 54, *Rampal*, R. 684 ; 22 mars 60, *Hergott*, R. 239 ; 12 f. 63, *Audebert*, R. 113 ; 1^{er} mars 66, *Spenlé*, R. 196.

(140) 20 n. 56, *élections de Châtillon*, R. 653. — 11 jv. 53, *Touche*, R. 88 ; 10 n. 53, *Foch*, R. 936 ; 29 d. 53, *Aldebert*, R. 1119 ; 19 jv. 59, *Barrault*, R. 39 ; *adde* : Table 1849-58, p. 155. — 17 s. 54, *Simon*, R. 827.

82. En outre, et ceci est bien plus important, les espèces ne sont pas rares où, tout en refusant d'avouer (et sans doute parfois de s'avouer) qu'il s'enquiert au nom de l'excès de pouvoir de la régularité intrinsèque d'un acte, le Conseil procède effectivement à cette recherche. On le sent à la fois porté en avant par un grand élan et retenu par des scrupules (141).

Parfois il hésite, voilant la signification exacte de l'appréciation qu'il fait de l'excès de pouvoir après les conclusions pourtant très nettes de son ministère public ou paraissant retirer de la main gauche ce qu'il vient d'accorder de la droite (142). Souvent il réussit à faire apparaître comme des incompétences des illégalités véritables (rappelant par exemple à un préfet qui, sous prétexte de curage, a rogné les propriétés riveraines, que le décret de 52 ne le charge des élargissements qu'autant qu'ils n'emportent pas expropriation) et il les condamne sur ce terrain ferme (143) ; ainsi procède-t-il notamment pour les délimitations du domaine, lorsque les circonstances de l'espèce permettent de les envisager comme tranchant des questions qui ressortissent au juge judiciaire (144) ; faisant une application extrême, parce qu'elle laisse voir la corde, de cette pratique, il considère parfois l'autorité administrative qui méprise le droit de propriété comme s'étant substituée au législateur, et cette application-là, il la maintient longtemps (145). D'autres fois il met à profit l'étonnante plasticité du mot « compétence », qui permet de passer imperceptiblement de la considération des attributions personnelles d'une autorité à celle de l'étendue en son

(141) Cette marche en zig zag est le premier indice que nous rencontrons de l'invraisemblance de la thèse de LAFERRIÈRE qui veut que l'incorporation de la violation de la loi et des droits acquis se soit faite par l'absorption d'un recours préexistant.

(142) 18 n. 52, *Guilbot*, R. 458 ; 22 d. 59, *Blanc*, R. 775.

(143) 17 jn. 52, *Jacquet*, R. 239 ; 22 jn. 54, *Chitier*, R. 595 ; 15 mars 55, *Amiot*, R. 197 ; 8 mai 56, *comm. de Remoiville*, R. 341 ; 22 s. 59, *Corbin*, R. 651 ; 15 d. 59, *Klein*, R. 748.

(144) 19 jn. 56, *de Galisset*, R. 427 ; 7 jv. 58, *Agard*, R. 35 ; 23 mai 61, *Coquard*, R. 412. Cf. BAROCHE, in *Richet* (14 d. 59), Table 1849-58, p. 664 ; FARÉ, in *Meurillon* (3 d. 63), R. 798.

(145) 15 d. 53, *Biennais*, R. 1075 ; 19 mai 65, *Daire*, R. 547 ; 9 mai 66, *Rouillon*, R. 466. Cf. ROBERT, in *Appay* (31 at. 61), R. 787 ; AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 281.

fond du pouvoir dont elle dispose (146). On s'aperçoit par instant qu'il s'est enhardi jusqu'à apprécier au titre de l'excès de pouvoir la portée de la prérogative de l'administration ; mais finalement il masque son audace par une décision de rejet (147). Parfois enfin il entre résolument dans l'examen de la régularité matérielle, mais soit en le juxtaposant à celui de l'excès de pouvoir (comme si ce n'était pas celui-ci qui l'autorisât *omisso medio*) soit en l'instituant seulement pour partie (un arrêté de délimitation ne le comportant qu'en tant qu'il fixe les limites actuelles, non en tant qu'il déterminerait les limites anciennes) soit en l'instituant pour le tout mais à l'abri de proclamations contraires ou en profitant de ce que l'espèce présente un refus de délimitation (148).

Une chose est frappante : c'est que ces décisions hésitantes, contournées se situent toutes, à une exception près, dans la première décade de notre période. C'est à supposer qu'à partir de 1862 le Conseil est assez sûr de lui-même pour opérer ouvertement ; et de là à penser que le contrôle de la légalité interne est alors sur le point de devenir quasi-général il n'y a qu'un pas.

§ 2. — L'ADMISSION DE LA VIOLATION DE LA LOI

83. De fait, dans le même temps que ceux que nous venons de voir hostiles à la transgression des limites de fond, d'autres arrêts sont rendus, favorables eux à la prise en charge de cette transgression. Le mouvement antagoniste qui se développe ainsi, loin de se restreindre comme auparavant à des matières déterminées, prend progressivement le dessus sur l'autre (149) et à la fin de 1864 (150) il l'a pratiquement

(146) 8 al. 52, *de Lascours*, R. 89 ; 20 jl. 54, *Rampal*, R. 684 ; 23 n. 54, *Havet*, R. 895 ; 28 jn. 55, *Pagès*, R. 472.

(147) 29 mars 53, *Giraud*, R. 393 (faculté d'imposer extraordinairement une commune) ; 25 jn. 57, *Collard*, R. 507 (faculté de suspendre un conseil municipal).

(148) 11 jv. 62, *de Nicolaï*, R. 27. — 19 jl. 60, *Port de Bercy*, R. 562. — L'HÔPITAL dans cette dernière affaire, R. 563-565 ; 5 jn. 62, *d'Andigné*, R. 467.

(149) La lutte des deux courants est particulièrement intéressante et facile à suivre dans les questions qui donnent lieu à des arrêts rendus dans les deux sens. Si l'on veut bien, — en matière d'inscrip-

expulsé. Ce n'est pas à dire que dans les dernières années les requêtes qui arguent de l'illégalité de fond ne sont plus jamais écartées. C'est souvent qu'elles le sont : le mouvement a commencé en 1863 et s'amplifie avec les années (151). Mais, alors même que c'est en usant des mêmes formules qu'auparavant, c'est sans faire échec à la généralité de l'incorporation de la violation de la loi, c'est en la supposant au contraire. Car le mobile qui pousse le Conseil, ce n'est plus la crainte d'étendre indûment sa compétence, c'est le désir d'alléger le fardeau d'une compétence énormément élargie. Tel est le sens du renvoi pour recours parallèle : il implique toujours (152) que le Conseil pourrait statuer sur l'affaire renvoyée, s'il ne préférerait mettre à profit la compétence simultanée d'une autre juge. Il ne fait pas plus échec à l'annexion générale de la violation de la loi qu'il ne fait échec à celle de l'incompétence ou du vice de formes, vices pour le jugement desquels il joue aussi bien le cas échéant. A l'étendue d'application près, il fonctionne avec la même portée qu'aujourd'hui.

Mais, si l'excès de pouvoir s'est désormais agrégé la violation de la loi, ce n'est pas sous une forme unique. A regarder de près les arrêts, on s'aperçoit qu'elle y affecte deux formes distinctes (153).

tions d'office, d'occupations temporaires, de nominations de fonctionnaires et de révocations administratives, de délimitations du domaine, d'alignements, permis de bâtir ou autorisations de travaux non confortatifs, — rapprocher des arrêts cités au n. 80 ceux qui figurent aux n. 83 et 85, on verra que le mouvement de répulsion et le mouvement d'accueil quelquefois se succèdent chronologiquement et le plus souvent s'entremêlent jusqu'à ce que la place reste au second ; dans le domaine de l'occupation temporaire, le premier reprend l'avantage en 1862 avant de disparaître définitivement en 1864.

(150) Les références données au n. 80 ont été à dessein disposées afin de faire apparaître ce fait capital (qui ne saurait dès lors être mis au compte du décret du 2 novembre). Les quelques résistances isolées qui s'observent pendant deux ans encore sont sans portée.

(151) *Infra*, n. 120 s.

(152) Il faut seulement faire exception, si on les considère attentivement, pour les arrêts qui repoussent les litiges pécuniaires *inter partes* (n. 122 *in initio*).

(153) Bimorphisme qui — nouvel indice défavorable — n'incline guère à penser que l'extension de l'excès de pouvoir s'est faite ici par « fusion » avec un recours pour violation de la loi *et des droits acquis*.

La première, la plus simple et la plus attendue parce qu'elle seule avait été prise en considération jusqu'ici, est la violation de la loi à l'état brut, de la règle de fond toute seule. C'est elle qui paraît avoir été retenue à l'occasion des révocations de fonctionnaires (154), — de la déchéance de la concession accordée de la pente d'un cours d'eau (155), — des dissolutions d'associations (156), — de la détermination de l'emploi à donner aux ressources d'un hospice (157), — des inscriptions, impositions et ordonnancements d'office (158), — de l'autorisation de reconstruire un trottoir (159), — de la fixation du régime d'un moulin (160), — de la désignation d'un journal pour recevoir les annonces judiciaires (161), — des occupations temporaires (162), — de l'extension du périmètre d'un syndicat de défense fluviale au-delà des limites fixées par l'ordonnance constitutive (163), — des nominations de fonctionnaires (164), — de l'annulation par le ministre d'une approbation préfectorale de tutelle (165), — de l'exigence d'une autorisation pour des sondages autour d'une source d'eaux minérales (166), — des transferts ou agrandissements de cimetières (167), — des sectionnements électoraux de Communes et des répartitions électorales de cantons (168), — de mesures de surveillance des administrations décentralisées (169), — de l'attribution à un avoué de l'administration des biens d'une communauté de femmes (170), — de la soumission d'un détenteur de deniers communaux aux règles de la comptabilité publique (171), — de l'exigence de la part

(154) 14 jn. 52, *Dumoutier*, R. 230 ; 4 mai 54, *Adam*, R. 390. — (155) 18 n. 52, *Magnier*, R. 452. — (156) 9 d. 52, *Talbot*, R. 586 ; 21 al. 53, *Chirade*, R. 493 ; 8 mai 56, *Hervé*, R. 342 ; 2 jn. 66, *David*, R. 592 ; 13 mars 67, *Grandmougin*, R. 277. — (157) 7 jl. 53, *hospice d'Amiens*, R. 687. — (158) 26 jv. 54, *v. de Bastia*, R. 56 ; 17 mai 55, *v. de Cambrai*, R. 347 ; 21 jn 55, *hospice de Péronne*, R. 450 ; 20 d. 60, *comm. de Revin*, R. 786 ; 7 f. 67, *comm. de St-Denis*, R. 152. — (159) 2 f. 54, *Leroy*, R. 79. — (160) 9 f. 54, *Poirier*, R. 91. — (161) 10 mars 54, *Bordesolle*, R. 191. — (162) 6 jl. 54, *de Lantage*, R. 635 ; 7 jv. 64, *Guyot*, R. 25. — (163) 26 jl. 54, *Aubert*, R. 710. — (164) 30 n. 54, *Boret*, R. 924 ; 22 mars 66, *comm. de Combloux*, R. 277. — (165) 9 at. 55, *comm. de Neuville*, R. 597. — (166) 13 d. 55, *Larbaud*, R. 720. — (167) 10 jv. 56, *Renout*, R. 25 ; 12 jl. 60, *Bayne*, R. 533 ; 4 al. 61, *Richard*, R. 235 ; 28 mai 66, *Blondeau*, R. 519 ; 29 jn. 70, *Anthon*, R. 825. — (168) 31 jv. 56, *élections de Lect*, R. 115 ; 6 at. 61, *élections de Tocqueville*, R. 677 ; 1^{er} jn. 70, *Baudelocque*, R. 680. — (169) 4 al. 56, *Rivière*, R. 255 ; 10 mars 64, *Darnaud*, R. 230 ; 11 jv. 66, *Barioz*, R. 10. — (170) 18 at. 56, *de Meillac*, R. 532. — (171) 15 al. 57, *abbé Chervaux*, R. 254. — (172)

d'une compagnie minière autorisée de la livraison annuelle d'une quantité déterminée de produits (172), — de décisions de police de la tranquillité (173), — de l'exclusion de la Légion d'Honneur ou de la suspension dans l'Ordre (174), — de l'autorisation de l'établissement d'un aqueduc sous une route impériale (175), — de la fixation de la hauteur de maisons (176), — de la détermination de la part contributive de Communes dans la dépense occasionnée par un chemin de grande communication (177), — de modifications apportées par un préfet au plan d'alignement adopté par un conseil municipal (178), — de la révocation d'un conseil de fabrique (179), — de l'exécution d'une décision de justice plus de trente ans après sa signification (180), — de la restriction du service d'une gare (181), — de décisions de police de la sécurité (182), — de l'interdiction du nom donné à une eau minérale (183), — de la détermination de la hauteur de caves au-dessus de fosses d'aisance (184), — du remplacement d'un adjoint (185), — de peines disciplinaires appliquées à des étudiants (186), — d'une délimitation domaniale (187), — d'une autorisation de construire sur la voie publique (188), — de la fixation de la date d'une admission à la retraite (189), — de la réglementation des examens d'une école navale (190), — d'un refus de réordonnancer un paiement (191), — d'un refus d'autoriser une exhumation (192), — de la détermination du mode de procéder aux élections d'un établissement d'utilité publique (193).

84. Mais si jusqu'ici le Conseil n'a attaché d'importance

10 jn. 57, *Cie des Forges d'Aubin*, R. 470. — (173) 19 al. 59, *de Nauvrots*, R. 304 ; 14 at. 65, *hab. de Richelieu*, R. 797. — (174) 2 jn. 59, *Gosse et de Mussy* (2 arrêts), R. 400.

(175) 8 mars 60, *Sillé*, R. 196. — (176) 21 mars 61, *ville de Montpelier*, R. 208. — (177) 8 mai 61, *comm. de Solesmes*, R. 345. — (178) 27 mai 63, *Estienne*, R. 448 ; cf. concl. L'HÔPITAL. — (179) 27 mai 63, *fabrique de Blensasque*, R. 458. — (180) 31 mars 64, *Dupin*, R. 309. — (181) 20 at. 64, *gare de la Guillotière*, R. 828. — (182) 5 mai 65, *de Montailleux*, R. 491 ; 11 jv. 66, *Ogier*, R. 8 ; 22 jv. 67, *Radziwill*, R. 94 ; 5 f. 67, *Lecreux*, R. 148 ; 30 mars 67, *Carbillers et Grillou* (2 arrêts), R. 315. — (183) 29 at. 65, *Larbaud*, R. 881. — (184) 28 mai 66, *Riché*, R. 521. — (185) 13 jl. 66, *Sartre*, R. 817. — (186) 14 at. 66, *Etudiants de Paris*, R. 985. — (187) 13 d. 66, *Coicaud*, R. 1152. — (188) 21 mai 67, *Cardeau*, R. 498. — (189) 28 mai 68, *Gougeon*, R. 603. — (190) 11 at. 69, *de Dampierre*, R. 791. — (191) 16 f. 70, *Delaubier*, R. 98. — (192) 24 f. 70, *Vve Doizi*, R. 168. — (193) 27 jl. 70, *Lallier*, R. 951.

qu'au mépris de la loi, s'il n'a pas jugé digne de considération le mépris du droit privé, c'est qu'il ne s'est pas cru autorisé à le relever, tout acte accusé de violation d'un droit subjectif étant un acte de pure administration et les tribunaux judiciaires étant seuls qualifiés pour être les « gardiens des droits individuels » (194).

Or précisément il y a lieu de croire, à plusieurs signes, que la haute assemblée n'est plus portée à rester dans cette attitude modeste. D'abord il est un droit auquel elle porte presque de la vénération : la propriété. Lorsqu'un requérant veut se ménager son audience, il fait état, aussitôt après s'être nommé, de sa qualité de « propriétaire », quand bien même elle n'aurait rien à voir avec l'objet de son pourvoi (195), et en retour le Conseil, avec une sorte de respect religieux, parle pour le désigner de « ce propriétaire ». En 1865, un commissaire du gouvernement explique des arrêts intervenus en matière de presse par « le respect porté par vous, la faveur due au droit de propriété » (196). C'est que ce droit attache en effet fortement ses titulaires à la conservation de l'ordre social existant et qu'en de certaines journées de 1848 cet ordre est apparu très menacé (197). — Mais les libertés publiques bénéficient elles aussi d'un traitement comparable : après avoir examiné le moyen de vice de formes mis en avant à l'encontre d'un refus d'autoriser une société anonyme, L'HÔPITAL se demande de lui-même si ce refus ne contiendrait pas plutôt une violation de la liberté du commerce et de l'industrie (198). — Bien mieux : c'est à tous les droits privés que s'étend la sollicitude du Conseil. La persuasion règne à l'extérieur qu'il est « souverain réformateur de toutes décisions administratives qui blessent des droits acquis », qu'il « contrôle l'administration et offre aux droits privés la plus sé-

(194) Voy. *supra* n. 37.

(195) Ainsî, un sieur *Anglade*, candidat battu qui proteste contre le refus du préfet de lui communiquer la liste électorale émargée (28 jv. 64, R. 77). — Sur les deux autres points indiqués, voy., à titre d'exemples, 13 mars 67, *Bizet*, R. 271 et 30 jl. 63, *Didier*, R. 626.

(196) *FARÉ*, in *Courrier du Dimanche* (14 at. 65), R. 823.

(197) Cf. la justification donnée par *TROLLEY* du rétablissement des offices vénaux (t. V, 1854, n. 2115).

(198) *In Vallet* (6 at. 61), R. 695.

rieuse protection contre ses abus de pouvoir » (199) ; en son sein même, on lui parle de son « souci des droits privés », de sa volonté de « redresser [par le moyen de l'excès de pouvoir] les actes qui lui sont signalés comme lésant des droits acquis », on pense qu'une tâche d'enseignement confiée à l'un de ses membres permettra de promouvoir ces « traditions de respect du droit privé, de modération et d'équité qui s'affermissent et se développent chaque jour davantage dans la jurisprudence du Conseil d'Etat » (200).

N'ayant en effet jamais éprouvé d'embarras à faire sortir l'excès de pouvoir d'autre chose que des règles abstraites (201), rien ne l'arrête *a priori* dans l'idée de faire des droits subjectifs une limite à l'action administrative et de la sanctionner ; et ce qui l'y incite, c'est, avec la conscience de l'insuffisance de la protection judiciaire, le sentiment de sa force tant vis-à-vis de l'Administration que vis-à-vis des magistrats. Il en vient donc à considérer que le contenu du pouvoir dont dispose l'administrateur est déterminé non seulement par les règles qui le concernent, mais par les droits avec lesquels il peut entrer en contact, et, puisqu'il prend sur lui d'imposer le respect de toutes les prescriptions qui régissent l'exercice de la fonction publique, à voir dans ces droits une source virtuelle d'excès de pouvoir (202).

85. Aussi n'est-il pas étonnant que, dans un grand nombre d'arrêts, et plus souvent encore qu'à la simple violation de la loi, ce soit conjointement à la violation de la loi *et d'un droit acquis* que le Conseil soit sensible, étant observé, ainsi que nous l'avons pu remarquer tout à l'heure, que l'incor-

(199) Les avocats d'un sieur Gosse (2 jn. 59, R. 400) ; DUCROCQ, 3^e éd., n. 35 et 140.

(200) L'HÔPITAL, in *Estienne* (27 mai 63), R. 451 ; ROBERT, in *Acad. des Beaux-Arts* (21 jl. 64), R. 682 ; AUCOC, *Conférences*, 1^{re} éd., 1869, t. I, Préface, p. VIII, laquelle préface avait été d'abord l'introduction de son cours à l'Ecole impériale des Ponts-et-Chaussées.

(201) Voy. *supra* n. 29.

(202) Cette tendance est très visible dans l'article (Rev. Cr., 1862, t. 21, p. 97-109) où AUCOC montre qu'un alignement individuel peut donner prise à l'excès de pouvoir de deux façons : pour inobservation du plan général ou, en l'absence de celui-ci, pour empiètement sur la propriété privée. Cf. AUCOC, *Ecole des Comm.*, 1865, p. 311 ; L'HÔPITAL, in *Le Globe* (8 f. 64), R. 106 et 107.

poration générale de cette deuxième forme tarde plus longtemps que celle de la première.

Ces arrêts paraissent être ceux qui ont trait à la création d'un village algérien sur des terrains réclamés privativement (203), — à des sanctions disciplinaires à l'endroit d'officiers (204), — au retrait d'un brevet d'imprimeur ou de libraire (205), — à la création de marchepieds le long des petits cours d'eau (206), — à l'atteinte aux droits résultant de contrats définitivement conclus (207), — aux délimitations du Domaine (208), — à la fixation du mode d'exploitation de Communaux (209), — au retrait d'actes ayant créé des droits acquis (210), — aux violations de la liberté générale d'accès au domaine public en même temps que du droit de propriétaires voisins (211), — à la fermeture d'une synagogue particulière (212), — aux curages à vif fond et à vieux bords suspects d'élargissement (213), — à l'obligation imposée à un exproprié de renoncer à sa créance d'indemnité et de reprendre son immeuble (214), — à l'exclusion de la redevance tréfoncière d'une expropriation (215), — aux refus d'alignement ou de permis de bâtir ou de réparer dont le préfet de la Seine s'était fait une spécialité, ou aux conditions qu'il apposait à leur délivrance (216), — à l'imposition à un bénéficiaire de prise d'eau sur petit cours d'eau d'une redevance

(203) 1^{er} d. 52, *de Fleury*, R. 555. — (204) 16 d. 52, *Chadeysson*, R. 622 ; 21 al. 53, *Rigollot*, R. 482. — (205) 6 jv. 53, *Audiard*, R. 38 ; 30 al. 68, *Desauges*, R. 504. — (206) 15 d. 53, *dame Biennais*, R. 1075 ; 30 jl. 63, *Didier*, R. 626 ; 19 mai 65, *Daire*, R. 547. — (207) 9 at. 55, *comm. de Neuville*, R. 597 ; 6 jl. 63, *Delrial*, R. 510 ; 28 jl. 64, *Bandy*, R. 695. — (208) *AUCOC, des Recours*, p. 27-28, et : 27 mars 56, *Berlaër*, R. 228 ; 27 mai 63, *Drillet*, R. 470 (cf. concl. L'HÔPITAL, R. 471 s.) ; 3 d. 63, *Meurillon*, R. 797 ; 12 jl. 66, *Follin*, R. 815 ; 9 jv. 68, *Archambault*, R. 18 ; 21 fl. 70, *Bertrand Lemaire*, R. 935. — (209) 17 mars 57, *section de St-Jean*, R. 195 ; 2 f. 60, *Robineau*, R. 73. — (210) 15 al. 58, *marais d'Andilly*, R. 296 ; 11 at. 59, *comm. de Saujon*, R. 563 ; 4 al. 61, *Gourraud*, R. 236 ; 5 al. 62, *Guy*, R. 288 ; 22 mai 62, *Bonnet*, R. 415 ; 16 d. 64, *Mottu*, R. 1009 ; 24 jv. 67, *Carmoy*, R. 108 ; 16 f. 70, *Delaubier*, R. 98 ; 4 jl. 72, *comm. de Neung-sur-Beuvron*, R. 395. — (211) 19 mai 58, *Vernes*, R. 399 ; 30 al. 63, *v. de Boulogne*, R. 404. — (212) 3 jn. 58, *Ben-Haim*, R. 405. — (213) 2 d. 58, *Guichelet*, R. 687 ; 9 f. 65, *d'Andigné*, R. 171. — (214) 2 d. 58, *Lavie*, R. 680. — (215) 19 al. 59, *Marsais*, R. 302. — (216) 1^{er} mars 60, *de Romont*, R. 190 (cf. concl. LEVIEZ, *ibid.*) ; 2 mai 61, *Letellier*, R. 329 ; 22 jv. 63, *de la Moskowa*, R. 68 ; 27 mai 63, *Avenet*, R. 445 ; 11 jv. 66, *Chabanne*, R. 21 ; 1^{er} f. 66, *Lebrun*, R. 73 ; 22 n. 66, *Guéret*, R. 1071 ; 23 jv. 68, *Terravalien*, R. 85 ; 17 al. 69, *Ta-bardel*, R. 389 ; 12 mai 69, *dame Clément*, R. 456.

au profit de l'Etat ou d'une clause de non-indemnité s'appliquant à l'exécution de tous Travaux Publics (217), — à la fixation d'un mode de vote contraire au sectionnement opéré et acquis à la section (218), — aux alignements et aux autorisations de travaux non confortatifs (219), — aux mesures destinées à améliorer le cours d'une petite rivière (220), — à la prise de possession de la partie d'un canal qui, propriété privée, n'avait pas été mise sous séquestre (221), — aux refus de communication de listes électorales ou de délivrance de permis de chasse, auxquelles tout individu peut prétendre (222), — au refus du numéro auquel a droit un riverain (223), — à la reconnaissance des chemins vicinaux (224), — au refus d'un brevet (225), — à une mesure de salubrité applicable à un immeuble (226), — au refus d'étendre à un nombre double de voitures l'autorisation accordée à un loueur (227), — au monopole institué au profit d'un transporteur (228), — à l'interdiction faite à des propriétaires de moulins à vent de les placer trop près des chemins publics (229), — à la fixation du régime d'un canal en violation prétendue des droits des riverains (230).

86. On pourrait même croire que le Conseil va plus loin encore et, abandonnant le repère de la loi transgressée, censure la violation du droit privé tout seul. Il existe en effet entre 1856 et 1859 un lot d'arrêts qui prononcent des annulations pour infraction à la propriété (231) ou à la liberté de l'industrie (232). Seulement, regardées avec attention, les

(217) 13 jn. 60, *duc de Clermont-Tonnerre*, R. 460 (cf. concl. LEVIEZ, R. 457 et 458) ; même date, *Bouillant-Dupont*, R. 459. — (218) 6 at. 61, *élections de Castéra*, R. 685. — (219) 5 al. 62, *Lebrun*, R. 289 ; 27 mai 63, *Estienne*, R. 448. — (220) 10 jl. 62, *Molard*, R. 567. — (221) 22 jv. 63, *Œuvre des Alpes*, R. 53. — (222) 19 jn. 63, *de Sonnier*, R. 497 ; 28 jv. 64, *Anglade*, R. 77 ; 13 mars 67, *Bizet*, R. 271. — (223) 8 f. 64, *Chardin*, R. 123. — (224) 25 f. 64, *Grellier*, R. 182 ; 19 mars 68, *Soupault*, R. 320. — (225) 14 al. 64, *Laville*, R. 339. — (226) 5 mai 65, *de Montailleur*, R. 491. — (227) 19 mai 65, *Barthélemy*, R. 537. — (228) 7 jn 65, *Lesbats*, R. 624. — (229) 9 mai 66, *Rouillon*, R. 466. — (230) 17 at 66, *riverains du Petit-Odon*, R. 1022.

(231) 24 jv. 56, *canal de la Durançole*, R. 69 ; 29 jv. 57, *Ponchon*, R. 79 ; 23 d. 58, *Cornet d'Yseux*, R. 741. — 30 d. 58, *canal de Givors*, R. 786 ; 7 al. 59, *Massardier*, R. 268.

(232) 30 jn. 59, *tripiers de Lyon*, R. 453.

décisions condamnées, que le hasard a rassemblées en ces trois années, se révèlent d'une nature toute spéciale. D'un côté il s'agit surtout de l'extension à des eaux privées de mesures applicables aux eaux publiques ou même seulement domaniales ; de l'autre côté, il s'agit d'une réglementation trop étroite de l'industrie des marchands tripiers. Toujours on a affaire à des initiatives par lesquelles l'Administration, au lieu de demeurer sur son propre terrain, où son pouvoir est plus ou moins borné par les droits avec lesquels elle voisine, pénètre sur le terrain réservé aux particuliers, où elle est sans pouvoir. L'irrégularité ainsi commise présente une parenté frappante avec l'incompétence : ce n'est plus celle d'une autorité administrative déterminée, mais celle de l'Administration elle-même, par quelque représentant qu'elle agisse ; bref, pour reprendre la qualification d'HAURIOU, exact interprète des réactions du Conseil, c'est l'incompétence *ratione materiae*.

Sauf sous cette forme extrême et réductible à une intrimination familière, l'atteinte toute pure au droit subjectif n'est pas constitutive d'excès de pouvoir. Ce n'est pas que le recours répugne à tout caractère subjectif : il a assumé et continue à assumer des requêtes fondées sur un contrat ou dirigées contre un contrat (233). Mais précisément cette pratique en vient après 1862 à faire tache : elle se maintient, mais elle est minée intérieurement. L'avance de l'excès de pouvoir dans le sens de la protection des droits acquis est si prononcée à ce moment que l'incorporation de la violation du droit subjectif apparaît possible, mais qu'il ne serait pas dès lors de particulier se trouvant en litige avec l'Administration qui ne pût venir demander justice au Conseil (234). Celui-ci voit le danger : celui de l'absorption dans la juridiction de l'excès de pouvoir du contentieux administratif tout entier, même dans la part dévolue aux tribunaux judiciaires. C'est alors qu'il amorce le renvoi à leurs juges des instances de nature subjective (235), et les réclamations contractuelles,

(233) *Infra*, n. 89 et 140.

(234) Voy. note 73.

(235) N. 122 *in initio*. « Il amorce », parce qu'il procède pour l'heure instinctivement, non par énoncé de principes.

pour n'être pas radicalement exclues, ne sont pas sans en subir le contre-coup. — Dira-t-on que l'accueil fait à la violation de la loi *et du droit* jure avec cette tendance à l'objectivité ? Tout au contraire il en fixe la portée exacte : le Conseil n'accepte de prendre en charge le mépris du droit subjectif que s'il produit ou s'il s'accompagne d'une atteinte à la légalité objective. Ce qui autorise à l'affirmer, c'est que, dans plusieurs des arrêts que nous relevions tout à l'heure, alors que la violation du droit attire immédiatement le regard, le rédacteur a pris soin d'aller chercher et de lui adjoindre la violation de la loi très peu apparente que l'acte déferé contient. C'est elle qui constitue la notion directrice.

§ 3. — ETENDUE DE L'ANNEXION OPÉRÉE

87. HAURIUO a soutenu que l'incorporation de l'illégalité de fond avait été consacrée par le Conseil, sur les conclusions d'AUCOC, dans une affaire *Bizet* du 13 mars 1867 (236). De fait, à lire le commentaire qu'en a donné CHAUVEAU dans son *Journal* (237), on a l'impression d'être en face d'un arrêt ou tout au moins de conclusions de principe : « Jamais le point culminant de toute difficulté, en matière de contentieux, la *violation du Droit*, n'avait été posé aussi carrément ». Seulement, comme à l'ordinaire, cet auteur s'exprime en termes vagues et est très préoccupé de se justifier personnellement (238). Dix ans plus tard, AUCOC lui-même (239) prête à l'affaire une certaine importance, mais plus restreinte : la haute assemblée se serait sentie désorientée devant le refus de permis de chasse qui lui était déferé et qu'un préfet avait opposé en dehors des cas d'exclusion prévus par la loi de 1844, et elle se serait demandé si elle était en droit dès lors de le juger du point de vue de sa légalité interne. Telle est

(236) 11^e éd., p. 424, note 2.

(237) *Journal Droit Adm.*, 1869, t. 17, p. 300.

(238) Il avait publié entre 1841 et 1844 un gros ouvrage en trois volumes où, après avoir tâché d'en donner une formule précise, il suivait dans le détail l'application de la définition du contentieux par la violation d'un droit acquis, qui était alors acceptée par tous les auteurs.

(239) *Des Recours...*, 1878, p. 28.

bien en effet la signification du débat institué (240), nullement favorable à l'idée de la consécration solennelle d'une jurisprudence acquise. Le rapporteur avait estimé que le pourvoi soulevait deux graves difficultés, à raison 1° de l'absence de texte pour l'autoriser, 2° de la possibilité de considérer l'acte attaqué comme un acte intéressant la sûreté publique et, partant, gouvernemental. Aucoc fit d'abord observer que ces deux difficultés se ramenaient à une seule et, pour l'éluider, il remonta aux principes, ainsi que l'habitude s'en prenait, assignant avec une maîtrise jusqu'alors inégalée leur place au recours pour excès de pouvoir dans le contentieux administratif et à chaque moyen d'annulation dans ce recours. Ainsi, s'il concluait en définitive au droit pour le Conseil de statuer au fond, c'était en acceptant la position de la question, ce n'était aucunement par prétérition. D'autre part, il affirmait ce droit dans un passage peu en vue : parce qu'il aurait craint d'effaroucher l'Administration, et d'abord sans doute parce qu'il se refusait à croire que toute violation de la loi formait désormais excès de pouvoir, il n'affichait dans l'énumération des vices censurés que l'incompétence, le vice de formes et le détournement de pouvoir (241).

Ce qui ressort donc finalement de cette affaire, c'est qu'en 1867 le Conseil n'est aucunement persuadé d'avoir absorbé l'illégalité de fond.

88. Rien d'étonnant à cela : depuis l'avènement de ce que nous appelons l'Empire libéral, il s'est lancé à corps perdu dans la poursuite des irrégularités intrinsèques, donnant pour fin au recours d'assumer « les plaintes de tous les citoyens dont les droits auraient été lésés par les actes » des administrateurs, ainsi que s'exprime Aucoc dans ladite affaire *Bizet* ; il en est venu à penser que toutes les irrégularités agglomérées dans l'excès de pouvoir, même les anciennes, s'expliquaient par quelque lésion de droit individuel (242). La conséquence est qu'il a fini par ne plus se retrancher

(240) R. 272-276.

(241) Cette même doctrine des ouvertures reparaitra deux ans plus tard, en 1869, dans les *Conférences sur le Droit administratif*.

(242) Voy. cette tendance très visible chez DE BELBEUF, in *Coget* (17 jv. 68), R. 52. — Plus généralement, sur la doctrine applicable

une seule fois derrière l'incompatibilité de principe de l'excès de pouvoir et de la violation de la règle de fond. Mais, sur le plan du pensé et non plus du vécu, il n'a pas abandonné son intransigeance traditionnelle et il ne croit pas le jugement de la violation de la loi légitime en dehors de quelques cas spéciaux. Or voici précisément que, passée la phase de l'entraînement débordant, il réfléchit à la forme qu'il a imprimée à la matière de l'excès de pouvoir et esquisse sur divers points une réaction. C'est de notre côté que ses scrupules se comprennent le mieux. Car la distinction est de règle entre l'« excès » et l'« abus » de pouvoir, et il ne semble pas qu'il y ait d'excuse légitime à l'avoir effacée, si vraiment elle l'a été. Pourtant, par ailleurs, il n'entend à aucun degré revenir sur les desseins qui, en plaçant plus haut la portée du recours, l'ont conduit effectivement à l'effacer.

C'est ce balancement prolongé que traduisent les arrêts des dernières années (243). Le 4 février 1869, appelé à juger au fond un arrêté municipal portant règlement de la boulangerie (244), il semble d'avis que la correction de cet arrêté au point de vue de la compétence suffit à le laver du soupçon d'excès de pouvoir : la tournure employée, le rapprochement des conclusions, moins réticentes, de DE BELBEUF, enfin le renvoi fait, pour finir, au simple recours hiérarchique suggèrent que, dans les matières de police tout au moins, la moindre occasion lui est bonne pour se décharger de la violation de la loi. Dans l'année qui suit, trois arrêts (245) au moins sont rendus, qui, ne pouvant tabler sur une autre voie directe, faisant parfois appel à la loi des 7-14 octobre, statuent certainement sur la violation de la loi au titre de

aux ouvertures après 1862, cf. les morceaux cités au n. 65 ou au § précédent.

(243) Nouveau signe d'in vraisemblance pour l'explication de LAFERRIÈRE, car on ne voit pas bien le Conseil pris de remords après avoir consciemment décidé la fusion d'un recours pour violation de la loi dès longtemps ouvert ; au contraire, dans l'hypothèse d'un accueil *omisso medio* graduel et partiellement inconscient, son attitude se conçoit.

(244) *Boulangers de Montluçon*, R. 94 et 95.

(245) 7 al. 69, *v. de Nîmes*, R. 326 ; 16 f. 70, *Mangane*, R. 106 ; 13 al. 70, *comm. de Combloux*, R. 440.

l'excès de pouvoir, mais qui jugent utile de disjoindre en apparence ces deux griefs : d'après eux, le premier autorise un recours en « annulation », ou encore : « les requérants ne sont pas fondés à attaquer... l'arrêté du préfet soit pour excès de pouvoir soit pour violation de la loi ». Il est vrai que le 4 mai 1870 (246) une formule binaire du même genre — « soit pour incompétence soit pour excès de pouvoir » — paraît bien signifier l'incorporation consciente de la violation de la loi, car c'est un moyen de cette nature que recouvre son deuxième terme.

Ainsi donc, au moment où notre période se clôt, les juges du Conseil paraissent enfin s'être aperçus de l'annexion totale qu'ils ont faite, ils n'osent pas y renoncer, par instant même ils l'affirment avec vigueur, mais ils se demandent avec inquiétude s'il ne leur faudrait pas l'abandonner (247).

(246) *Chassériau*, R. 534.

(247) Il y a tout lieu de croire que, dans les années qui suivirent, le débat fut porté au-delà de l'entourage immédiat du Conseil, qu'il fut approfondi et que les arrêts ne le reflétèrent pas seulement par des nuances. Dès avant l'installation du nouveau régime, il est une décision qui revient ouvertement au renvoi devant le ministre du moyen de violation de la loi (23 mars 72, *comm. d'Esboz-Brest*, R. 184). Des travaux doctrinaux prennent parti pour ou contre (TACQUET, th. 1895, p. 230-234) ou s'efforcent de trouver une solution moyenne (COLLET, *Rev. Cr.*, 1876, p. 225, n. XVI). D'un passage de BÉQUET (t. VIII, 1891, n. 614 et 615) il appert que les deux principaux arguments *contra* étaient pris de la coexistence forcée au profit d'un pareil moyen d'un autre recours, à lui seul suffisant, et de la médiocrité de la satisfaction promise par le recours pour excès de pouvoir : une simple annulation.

Mais BÉQUET révèle encore autre chose : lui qui vient de se faire le secrétaire de la discussion instituée naguère, il poursuit (n. 616) en invoquant et le recours en annulation pour violation de la loi et des droits acquis et la fusion consécutive au décret de 1864. Il est hier tentant, après cela, de supposer (ce n'est pas une certitude, au vu de ces quelques renseignements qu'il nous est advenu de rassembler après 1872) qu'en fait la dispute avait été close par cet argument d'histoire, — soutenu sans doute par ce postulat, que le grief retenu était obligatoirement la violation de la loi *et d'un droit acquis*. Pour l'avoir fait prévaloir, il avait fallu quelqu'un qui fut considéré et jeune, qui n'eût pas personnellement pratiqué la jurisprudence antérieure à 1863 ou 1864 et qui s'en fût donné une idée par la consultation de quelques décisions. Or à toutes ces conditions c'est LAFERRIÈRE lui-même qui répond le mieux : il atteint la trentaine vers 1870, sa renommée s'établit sous la III^e République, enfin la 1^{re} édition de son *Traité* (qui est de 1888) contient quelques exemples du prétendu recours absorbé.

§ 4. — QUESTION ANNEXE

89. Pour finir, quelle est cette « loi » dont le Conseil sanctionne la violation ? C'est toute disposition juridiquement obligatoire, quelle qu'en soit l'origine, avec cependant une tendance marquée dans les dernières années à exclure les dispositions de caractère subjectif.

Il s'attache en effet, en dehors des lois formelles, aux arrêts du Conseil du Roi (248), — aux décrets et ordonnances (249), — aux statuts approuvés par décret d'un établissement d'utilité publique (250), — aux usages locaux (251), — aux principes (252), — à la décision antérieure, même purement individuelle, qui a été prise en vue de l'objet auquel s'applique l'acte attaqué (253), — à l'acte individuel créateur de droits subjectifs (254), — à la chose jugée en droit (255).

Il s'attache aussi aux contrats. Si en effet, à côté des arrêts incontestables (256), il en existe d'autres qui refusent de faire état d'un contrat (257), c'est, semble-t-il, parce que le juge de ce contrat est, non le Conseil d'Etat, mais d'ordinaire le conseil de préfecture ou un tribunal judiciaire. Le contrat ne serait donc pas écarté pour lui-même, mais à raison de la compétence concurrente d'un autre juge, ni

(248) 30 jl. 63, *Didier*, R. 626. — (249) 12 jl. 60, *Bayne*, R. 533 ; 27 mai 63, *fabrique de Blensasque*, R. 458 ; 19 jn. 63, *de Sonnier*, R. 497 ; 28 mai 66, *Riché*, R. 521 ; 13 mars 67, *Grandmougin*, R. 277. — (250) 27 jl. 70, *Lallier*, R. 951. Plutôt que pour violation des règles statutaires sur les élections, il eût été plus habile d'annuler l'arrêté du préfet pour incompétence *ratione materiae*. — (251) 30 al. 63, *v. de Boulogne*, R. 404. — (252) 9 at. 55, *comm. de Neuville*, R. 597 ; 10 mars 64, *Darnaud*, R. 230. — (253) 22 s. 59, *Corbin*, R. 651 ; 18 al. 60, *Chauveau*, R. 328 ; 22 jv. 63, *Œuvre des Alpines*, R. 53 ; 2 jn. 64, *Caisse hypothécaire*, R. 552 ; 21 jn. 66, *bureau de bienf. de Vallon*, R. 703. — (254) *Voy. note 194*. — (255) *Voy. note 93*.

(256) 19 mai 58, *Vernes*, R. 399 : « Cette disposition est contraire... à la stipulation précitée du bail consenti à la ville par notre ministre des Finances » ; 20 at. 64, *gare de la Guillotière*, R. 828 : « Notre ministre tenait, des dispositions mêmes des cahiers de charges précités, le pouvoir d'autoriser cette modification » ; 31 mars 64, *Gibiat*, R. 321 (*idem*) ; 27 mai 65, *chemin de fer de l'Ouest*, R. 601 (*idem*) ; 14 at. 65, *ville de Paris*, R. 805 (*idem*) ; 28 jl. 69, *bac d'Orbeil*, R. 710 (cahier des charges d'une concession de bac, « contrat primitif ») ; 4 mai 70, *Chassériau*, R. 534 (contrat d'engagement de 1777).

(257) 7 at. 63, *Cie parisienne*, R. 648 ; 7 jv. 64, *Raoult*, R. 21 ; 6 jv. 65, *Fontaine*, R. 1 ; 29 mai 67, *pont de Cournon*, R. 537 ; 14 jv. 69, *Guerre*, R. 47 ; 4 f. 69, *Lavie*, R. 92 ; 1^{er} al. 69, *v. de Dreux*, R. 301.

plus ni moins respectable et respectée que s'il s'agissait d'un acte unilatéral (258). Nous inclinons à penser qu'il ne le sera pour lui-même que le jour où le Conseil refusera de connaître à l'excès de pouvoir d'un contrat qui, par ailleurs, relève indubitablement de sa juridiction (259). Pourtant, ces décisions d'irrecevabilité recèlent une menace mortelle pour le contrat : car, attentivement auscultées, elles laissent entendre que la requête qui s'en prévaut institue un débat qui de sa nature n'appartient pas au contentieux de l'excès de pouvoir (260). Mais le germe de l'exclusion est seulement déposé.

Enfin c'est d'une semblable attitude que procède le refus de faire sortir l'excès de pouvoir du mépris d'un testament (261).

Par ailleurs, ne constitue pas une loi *hoc sensu* le règlement d'une compagnie de notaires, parce qu'il est un « règlement intérieur », qu'il est démuné du caractère obligatoire (262), — solution qui donne à penser que le même sort aurait été fait aux circulaires administratives (263).

(258) Comme chaque fois que se présente un recours parallèle, l'attitude du Conseil n'est pas fixe : les arrêts rendus en matière de chemins de fer font antithèse aux arrêts *Cie parisienne, Raoult, v. de Dreux et Guerre*, l'arrêt *bac d'Orbeil* s'oppose plus particulièrement à l'arrêt *pont de Cournon* et les décisions *Chassériau* et *La vie* ne sont pas sans se faire pendant sur les deux volets de la jurisprudence.

(259) La vérification *a contrario* serait incluse dans les arrêts qui, ci-dessus, visent des concessions ferroviaires, si n'était déjà établie en la matière la très large compétence du Conseil de préfecture (voy. Table 1849-58, p. 719 et Table 1859-74, p. 774-776) et si malheureusement aucune des espèces envisagées ne paraissait susceptible d'être retenue par le Conseil en première instance.

(260) Cf. n. 122 *in initio*, et une fois chez L'HÔPITAL (*in gare de la Guillotière* précité, R. 830) l'amorce explicite de l'irrecevabilité du moyen contractuel : seul l'Etat, indique-t-il, peut se prévaloir de l'inobservation du cahier des charges, « quant aux tiers ils ne peuvent réclamer que l'observation des formes prescrites ».

(261) 13 jl. 70, *église de Viel-Baugé*, R. 893.

(262) 28 mai 68, *notaires de la Seine*, R. 601.

(263) C'est d'autant plus probable que cette solution avait fini par s'établir, en principe du moins, en matière de circulaires fixant des conditions de forme : 30 jn. 53, *Dumas*, R. 656 ; 6 mars 56, *Baril*, R. 177 ; 15 jn. 64, *Gaunard*, R. 573 et concl. ROBERT ; 19 mars 68, *Cham-py*, R. 325 ; AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 280.

SECTION IV. — Le détournement de pouvoir

90. Après la violation de la loi, on ne voit pas bien *a priori* vers quelle irrégularité a bien pu se tourner le Conseil dans son effort d'expansion de l'excès de pouvoir. Jusqu'à 1851, nous l'avons vu, les seuls vices auxquels il ait songé, puisant en cela dans la tradition judiciaire, sont les trois que nous venons de considérer tour à tour. Pour continuer à aller de l'avant, il va falloir qu'il épuise le contenu de l'un d'entre eux.

Beaucoup en effet, aujourd'hui, croient qu'il s'est adressé pour cela à l'incompétence. Pourtant, des commentaires de l'époque donnent tout au contraire à croire que c'est par un approfondissement de l'irrégularité intrinsèque, autrement dit de la violation de la loi, qu'il a procédé : non seulement Aucoc attribue le nouveau progrès accompli aux « lumières spéciales » de la haute assemblée administrative, mais, lorsqu'il en vient à sa description, ce même auteur, après avoir prévenu que « ceci est assez délicat » et donné des exemples, poursuit ainsi : « Ce n'est plus ici la violation du texte de la loi qui est réprimée, c'est la violation de son esprit. Ce n'est plus seulement le dispositif de l'acte attaqué qui est examiné, ce sont ses motifs, c'est l'intention qui l'a dicté. Il est difficile de pousser plus loin la recherche scrupuleuse de la légalité (264) ».

91. Toutefois, quelque prononcée qu'ait été dès lors sa tendance à annexer la violation de la loi, le Conseil, dans les années qui précèdent 1860, ne s'est pas trouvé aux abords d'une nouvelle zone d'irrégularité. Pour l'y porter et pour éveiller son attention, il faudra que cette tendance non seulement se maintienne, mais s'alimente à une deuxième source.

En plus d'une circonstance en effet (265) il note le but que

(264) *In Bouchers de Paris* (20 f. 68), R. 196 ; *des Recours*, p. 40 et 43. Cf. DES CILLEULS, *Gaz. Trib.* 19 o. 64, p. 1018.

(265) 16 al. 52, *Crignon*, R. 103 ; 9 f. 54, *Corre*, R. 97 ; 23 n. 54, *Havet*, R. 895 ; 1^{er} jl. 55, *Lafore*, R. 514 ; 30 jn. 59, *tripiers de Lyon*, R. 453. — Toute différente paraît être la portée de notations, en apparence semblables, mais postérieures cette fois à la mise au jour du nouveau moyen ; elles en signifient l'absence dans l'acte attaqué :

se proposait l'auteur de l'acte attaqué ; mais si de la sorte il se place sur le chemin qui le conduira à la découverte d'une nouvelle incrimination, il ne le soupçonne nullement et ne se met pas en peine d'y avancer. — Nombreux sont toujours les arrêts qui suspectent d'excès de pouvoir les règlements d'eau pour avoir été peut-être pris dans un intérêt privé et non de police ; mais ce qui continue à préoccuper le Conseil, en l'occurrence, c'est l'empiètement qui a pu être commis sur les attributions du juge judiciaire (266). — Enfin la preuve existe (267) qu'on ne saurait valablement pour l'instant reprocher à un administrateur d'avoir fait de son pouvoir un emploi détourné : un arrêt *Pellerin* refuse de fixer la portée d'un règlement d'eau, sans doute parce qu'au lieu d'une prohibition comme à l'ordinaire il contient une permission ; un arrêt *Bédier* trouve très correcte l'interdiction d'un débarquement d'immigrants à La Réunion, prononcée pour défendre le privilège conféré à une société de transports maritimes ; des arrêts *Arrachard* et *Blanc* n'attachent aucune importance à l'accusation portée (dans la seconde espèce, par DE LA CHÈRE) contre un maire de vouloir, par la suppression de bornes en saillie, non faciliter la circulation, mais hâter la ruine de maisons sujettes à reculement ; enfin les requêtes rédigées (la première, par DUFOUR) pour des sieurs *Vernes* et *Délas* et montrant dans les arrêtés municipaux entrepris un moyen d'enrichir la Commune n'ont pas plus de succès.

92. Après 1860 les choses changent. La raison en est que la haute juridiction est désormais à l'affût de toute irrégularité susceptible de blesser les droits des citoyens et que, dans une attente aussi vigilante, elle ne peut pas ne pas remarquer des pratiques qui, si elles n'atteignent pas à l'erreur de fait

22 mars 66, *comm. de Combloux*, R. 277 ; 25 mai 70, *Lesage*, R. 631 ; 29 jn. 70, *Chapelet*, R. 827.

(266) 14 jn. 52, *Duchesne*, R. 227 ; 9 f. 54, *Poirier*, R. 91 ; 4 mai 54, *arrosages de Ste-Cécile*, R. 376 (bonne formule) ; 7 d. 54, *Morin*, R. 942 ; 26 jl. 55, *Guédon*, R. 559 ; 24 jv. 56, *canal de la Durançote*, R. 69 ; 22 mars 60, *Hergott*, R. 239 ; 27 f. 62, *Gougis*, R. 149 ; 1^{er} f. 66, *Couvillaud*, R. 78 ; 13 mars 67, *d'Estampes*, R. 265 ; 13 mars 72, *Latrige*, R. 158. Cf. *Aucoc in Bouderon* (15 f. 66), R. 1262 : il incrimine ici la « substitution de l'action administrative à l'action judiciaire ».

(267) 24 al. 56, *Pellerin*, R. 320, et rpr. la note au R. de 1860, p. 240 ; 6 mars 57, *Bédier*, R. 177 ; 7 jv. 58, *Arrachard*, R. 45 ; 22 d. 59, *Blanc*, R. 775 ; 19 mai 58, *Vernes*, R. 399 ; 8 al. 58, *Délas*, R. 277.

et se maintiennent encore sur le plan du droit, dépassent néanmoins en profondeur la violation de la loi et même la violation de la loi et du droit acquis.

De fait, dans les premières décisions qui réprouvent chez un administrateur le détournement du pouvoir qu'il exerce de sa fin propre, il y a, condamné conjointement et comme s'il s'agissait d'un seul et même vice, un mépris de la loi ou de la loi et du droit (268). Le 23 mai 1861 une décision *Coquard* a bien l'air de condamner dans une délimitation domaniale non seulement un empiètement indû sur la propriété privée (et une usurpation des pouvoirs du juge compétemment saisi), mais un procédé pour opérer une expropriation ; le 30 avril 1863 une décision *ville de Boulogne*, non moins que les conclusions de ROBERT, réprouve dans la location privative d'une partie de la plage consentie par le ministre à cette ville à la fois une violation de la liberté commune d'accès au domaine public et un procédé pour faire prospérer le service municipal de voitures à l'usage des baigneurs aux dépens de celui du sieur Bourgeois ; enfin, s'il faut en croire AUCOC, dans toutes les décisions relatives à la façon dont le préfet de la Seine se servait de ses pouvoirs de police du domaine, il y a notée, à côté de la transgression du droit de propriété, la pensée que cet administrateur a voulu diminuer les frais d'une expropriation projetée et ménager les deniers de la Ville.

Ainsi engendrée par la violation de la loi, il reste à la nouvelle forme d'excès de pouvoir à se séparer d'elle et à vivre d'une vie distincte. Cela ne se produit pas sur le champ. Le 26 décembre 1862 (269), le Conseil, appelé à juger l'arrêté préfectoral qui imposait à un exploitant d'eau minérale l'étiquette « Vichy, — Source Larbaud et Mercier » au lieu de l'étiquette « Vichy, — Eau naturelle », commence par le laver expressément du reproche de visée commerciale qui était dirigé contre lui, puis, cela fait, se décharge sur le juge

(268) Voy. déjà, sur un arrêté réglant des étangs privés comme des usines, employant donc la police des eaux pour commettre une quasi-expropriation : 29 jv. 57, *Ponchon*, R. 79, — et : 23 mai 61, *Coquard*, R. 412 ; 30 al. 63, v. *de Boulogne*, R. 404 ; AUCOC, *des Recours...*, p. 40, et notre note 216.

(269) *Larbaud*, R. 862.

de simple police du soin de rechercher si ce préfet qui « a entendu agir dans l'exercice des attributions de police qui ont été conférées à l'administration sur les sources d'eaux minérales » n'a pas toutefois « excédé les limites légales » desdites attributions. La question de la déviation du pouvoir utilisé est donc ici posée et résolue à part. Seulement, elle n'a qu'une importance bien secondaire dans une décision qui vaut surtout par l'objection de recours parallèle, pour la première fois opposée. Pour que la haute assemblée se mette au fait de son originalité et de son irréductibilité, il faudra qu'elle apparaisse en pleine lumière et, de préférence, qu'elle conduise à une annulation. — Le cas semblerait d'abord s'être présenté dès 1856 (270) : l'alignement donné par un préfet à une ville le long d'un petit cours d'eau est annulé parce qu'il « n'a pas eu pour objet d'assurer le libre cours des eaux, mais seulement de régulariser et d'agrandir la promenade que la Commune se propose d'établir ». Mais le Conseil n'est pas assez avancé à ce moment pour que le rédacteur de l'arrêt ait vu là autre chose qu'une violation de la loi ; c'est précisément le rapprochement, effectué dans les affaires que nous avons vues, avec ce dernier vice qui seul pouvait donner l'idée d'une qualification distincte. C'est seulement à nos yeux de modernes que la décision rendue offre toutes les apparences de l'annulation pour détournement de pouvoir. Il n'en va pas tout à fait de même de celle qui, à la fin de 1863 (271), annule les arrêtés municipaux, confirmés par le préfet, qui avaient prescrit à un sieur *Haiguerelle* d'enlever d'un ravin dont il se prétendait propriétaire les pieux qu'il y avait placés et qui, au dire du maire, formaient obstacle à l'écoulement des eaux ; car le ministre niait l'existence d'un obstacle et l'ordre d'enlèvement avait été pris « dans l'intérêt privé de la Commune et en vue de la maintenir en possession d'un droit de passage dont elle soutenait avoir toujours eu la jouissance ». C'est bien, une fois de plus, d'un règlement d'eau qu'il s'agit ; mais, rendu par un maire, et non comme à l'ordinaire par un préfet, au profit de sa Commune, et non

(270) 18 at. 56, *Chenantaïs*, R. 535. La question de l'empiètement sur le juge déjà saisi était d'ailleurs associée en sous-ordre à la première.

(271) 26 n. 63, *Haiguerelle*, R. 779.

d'un particulier, il se présentait dans des circonstances assez spéciales pour que le Conseil pût être induit à donner une valeur nouvelle à l'annulation qu'il prononçait. Seulement, l'habitude d'envisager comme contenant une simple incompetence les règlements d'eau pris dans un intérêt privé, l'habitude aussi de traiter en toute occasion la Commune en personne privée ont été les plus fortes, selon toute vraisemblance, et l'ont retenu d'élever plus haut son regard.

93. Au début de 1864 enfin (272), — et après une évolution qui, tout compte fait, n'a pas duré trois ans, mais qui, trop précipitée, reprendra ensuite son cours, — la dissociation s'opère et l'excès de pouvoir s'accroît d'un nouveau moyen. Le Conseil est placé en face du refus opposé par le préfet de Seine-et-Marne à un sieur Lesbats, qui demandait l'autorisation d'introduire ses omnibus dans la cour de la gare de Fontainebleau, refus destiné à protéger le monopole conféré à un sieur Richard par le traité qu'a conclu avec lui la compagnie du P.L.M.. L'HÔPITAL, en ses conclusions, vise immédiatement juste : « Est-ce là la police du chemin de fer ?... Non, Messieurs, c'est poursuivre... un but très louable assurément, mais très étranger à l'idée de police. C'est... assurer l'exécution d'un traité... dont la base est l'exclusion des voitures autres que celles du sieur Richard ». Et le Conseil emboîte le pas : « L'arrêté du préfet... n'a eu pour *objet* que d'assurer l'exécution du traité... Si l'article 1 de l'ordonnance royale du 15 novembre 1846 donne aux préfets le droit de régler... dans les cours [des gares]..., cette attribution ne doit s'exercer que dans un *intérêt* de police et de service public ».

C'est bien ici la naissance du détournement de pouvoir, car 1° la requête arguait vulgairement d'une violation de la liberté de l'industrie et du cahier des charges : le juge a donc légèrement déplacé le terrain du débat ; 2° la Cour de cassation avait déjà apprécié au criminel la légalité de l'attitude du préfet, et elle l'avait jugée irréprochable du point de vue

(272) 25 f. 64, *Lesbats*, R. 209. Le passage de L'HÔPITAL cité se trouve p. 212.

de la législation sur la police des chemins de fer (273) ; 3° les contemporains ne s'y sont pas trompés (274).

94. Mais, cette conquête à peine faite, le Conseil revient sur ses pas et paraît y renoncer. Dans la grande majorité des arrêts (275) qui, à partir de ce moment, sont placés en face d'un prétendu détournement de pouvoir, l'inobservation de la loi redevient le tuteur et l'introducteur obligatoire : la délimitation inexacte est condamnable parce qu'en même temps qu'elle contient une application détournée d'une prérogative domaniale, elle fait fi des règles de l'expropriation et du respect dû à la propriété, le refus d'alignement est indû parce qu'à la pensée d'économie qu'il contient se joint une violation des règles de la voirie et du droit de propriété, l'autorisation finalement accordée au sieur Lesbats à des conditions qui le mettront dans l'impossibilité d'en profiter doit être annulée parce que d'abord elle ne constitue pas l'exercice véritable des pouvoirs de police qui appartiennent au préfet, mais aussi parce qu'elle forme réellement une « intervention dans les conditions de la concurrence », etc... Il y a bien une ou deux décisions (276) qui paraissent différentes : est annulée la révocation de la permission accordée à un riverain d'établir un aqueduc sous une route, quand le but du préfet était, non d'assurer la viabilité publique, mais de ne pas faillir à l'engagement qu'il avait pris vis-à-vis d'un autre riverain de lui faciliter la jouissance des eaux de cette route ; sont encore annulés les arrêtés par lesquels des maires n'ont admis sur le territoire de leurs Communes qu'une seule entreprise de voitures publiques, non dans un intérêt général, mais pour assurer l'exécution de deux traités portant concession exclusive des transports publics à cette entreprise ; et ni ici ni là ne paraissent impliquées ni ne sont expressément in-

(273) AUCOC, in *Bouchers de Paris* (20 f. 68), R. 196.

(274) Voy. notamment AUCOC, t. I, n. 283.

(275) 19 mai 65, *Barthélémy*, R. 537 ; 7 jn. 65, *Lesbats*, R. 624 ; 9 f. 65, *d'Andigné*, R. 171 ; 12 jl. 66, *Follin*, R. 815 ; 21 jl. 70, *Bertrand Lemaire*, R. 935, et cf. AUCOC, t. I, n. 283 ; 11 jv. 66, *Chabanne*, R. 21 ; 22 n. 66, *Guéret*, R. 1071, et 17 al. 69, *Tabardel*, R. 389. — Cf. d'ailleurs l'HÔPITAL finissant l'examen de la première affaire *Lesbats* par une accusation d'entrave à la libre concurrence.

(276) 18 mars 68, *Dubur*, R. 316, et cf. AUCOC, t. I, n. 283 ; 2 at. 70, *Bouchardon*, R. 970.

voquées la transgression d'une loi de fond ou la violation d'un droit subjectif. Mais il n'est pas sûr que le Conseil ne se soit pas implicitement appuyé, d'une part sur ce qu'il a pris pour la méconnaissance d'un droit acquis (alors que la permission de voirie est précaire par essence), d'autre part, ainsi que dans la deuxième affaire *Lesbats*, dont les caractéristiques étaient de nouveau réunies, sur la violation de la liberté du commerce et de l'industrie.

95. Il y a mieux : dans une espèce (277) où il avait à juger une autorisation d'établissement incommode accordée « sous la condition qu'elle n'aurait d'effet que jusqu'à l'époque, d'ailleurs indéterminée, où l'abattoir public de [la ville] serait achevé », il blâme le préfet de n'avoir pu s'appuyer sur « aucune disposition de loi » ; il ne lui fait point observer explicitement (278) qu'il a ce faisant détourné de sa fin légitime le pouvoir de police qu'il exerçait. Il est donc disposé à laisser dans l'ombre, à l'occasion, et pût-il alors se recommander d'une violation de la loi connexe, le grief qu'il avait précédemment tiré en pleine lumière.

96. N'importe ! Il peut dissimuler l'acquisition qu'il a faite ou ne l'exhiber que timidement, sous le manteau de la violation de la loi. L'examen de conscience auquel il procède dans les dernières années explique ses scrupules. Mais son patrimoine n'en est pas moins enrichi et il serait étonnant que l'événement tardât beaucoup à le prouver. Ce qui induit à le penser, c'est que, chez les commentateurs, le nouveau grief est parfaitement isolé et vit d'une vie propre.

Un an après le premier arrêt *Lesbats*, Aucoc fait remarquer à un requérant qu'il aurait eu un bon moyen de faire annuler le retrait de sa permission de voirie : c'eût été de « se servir de ce grief » qu'il avait été décidé non « dans l'intérêt de la viabilité et de la salubrité publique », mais « dans l'intérêt de la caisse municipale », afin d'« assurer le monopole de l'éclairage des particuliers » à son concurrent (279). Quelques mois après l'arrêt de principe (280), L'HÔPITAL, examinant

(277) 22 al. 68, *Martin*, R. 460.

(278) Car la rédaction de l'arrêt n'interdit pas d'admettre que le juge ait eu quelque sentiment de cette autre irrégularité.

(279) *In ville de Marseille* (14 jv. 65), R. 59-60.

(280) *In comm. d'Hautmont* (5 mai 64), R. 430.

un arrêté de délimitation suspecté d'expropriation déguisée, avait déclaré en face : « Le Conseil d'Etat se tient en garde effectivement contre cet abus possible, qu'il a quelquefois constaté, quelquefois entrevu, du droit de l'administration... Vous y regardez de très près, notamment lorsque, sous l'intérêt plus ou moins vrai du domaine public, vous apercevez, mal déguisé pour votre clairvoyance, l'intérêt financier du domaine de l'Etat ». Certes, le même L'HÔPITAL, s'essayant deux ans plus tard à préciser le contenu de la notion d'excès de pouvoir, a l'air de ne nommer que l'incompétence, la violation de la loi et celle des formes : mais ses expressions ont une portée douteuse (281) ; DE BELBEUF, lui, va plus loin (282), ne voulant connaître que l'incompétence et le vice de formes : seulement, son langage net et restrictif est celui d'un jeune commissaire qui entre dans l'esprit de la révision générale qu'entreprend le Conseil et qui entend rassurer l'Administration. Plus au fait de la jurisprudence et des ménagements requis, son collègue AUCOC, l'année précédente (283), n'a pas mis en bonne place la violation de la loi et a exigé des formes, pour que leur mépris soit retenu, qu'elles soient substantielles, mais il a expressément parlé de « l'usage d'un pouvoir dans un but différent de celui que le législateur se proposait d'atteindre » ; et lui-même en 1869 (284) l'inclut dans son énumération. — La formule qui lui sert à désigner le nouveau grief ressemble d'ailleurs étonnamment à celles dont nous nous servons aujourd'hui : il y aura excès de pouvoir, dit-il, « lorsque le représentant, quel qu'il soit, de l'autorité administrative aura usé de son pouvoir dans un but différent de celui pour lequel le législateur ou l'autorité souveraine le lui avaient confié ». AUCOC, dans son grand ouvrage (285), après avoir, pour former le titre du numéro qu'il consacre à la troisième et dernière forme d'ex-

(281) *In Gazette de France* (31 mai 66), R. 1333 : « Vous devez vous borner à vérifier la qualité en laquelle a agi l'auteur de l'acte, la limite de son pouvoir (?), l'accomplissement des formalités [voulues] par la loi ».

(282) *In Coget* (17 jv. 68), R. 52.

(283) *In Bizet* (13 mars 67), R. 275

(284) DE BELBEUF, *in Boulangers de Montluçon* (4 f. 69), R. 95.

(285) 1^{re} éd., 1869, t. 1, n. 283.

cès de pouvoir, à peu près reproduit mot pour mot la définition qu'il donnait dans l'affaire *Bizet*, s'attache à préciser qu'il s'agit du cas où l'agent « use de son pouvoir discrétionnaire (286) pour un cas (287) et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué ». — Il ne manquait plus au nouveau grief, pour ses débuts, que de recevoir un nom : c'est ce qui lui advient du fait d'Aucoc, qui écrit d'abondance à la fin de son développement : « Les cas d'abus, et nous dirions volontiers de détournement du pouvoir de police confié à l'administration sont assez variés. Citons-en encore deux exemples (288) ».

97. Rien de facile à supposer comme le détournement de pouvoir ! Si donc les juges du Conseil avaient prêté une oreille trop complaisante aux allégations des administrés, ils eussent bientôt tué la spontanéité administrative. Car, plus encore sans doute que la violation de la loi et de façon bien plus constante qu'elle, le nouveau grief les mettait en contact avec les motifs des décisions déferées. Or ils entendent contrôler de près l'œuvre administrative, mais ils n'entendent pas l'arrêter et se substituer aux administrateurs (289). Rien d'étonnant par suite à ce qu'ils se montrent dif-

(286) Terme qui n'a pas dû échapper tout à fait par hasard à l'auteur et qui atteste que dès maintenant on a le sentiment obscur que le détournement de pouvoir n'a pas sa place dans le cas d'exercice d'une compétence liée, comme nous disons aujourd'hui.

(287) Ici Aucoc se trompe, ou plutôt il compromet la pureté de sa définition pour se donner la latitude de citer ensuite d'authentiques excès de pouvoir, mêlés de violation de la loi et, jusqu'à un certain point, de détournement de pouvoir, qu'il aurait été sans cela bien en peine de caser, puisqu'il ne veut pas faire sa place à la violation de la loi. C'est en somme de sa part la même habileté qu'avec l'incompétence (voy. *supra* n. 82, note 145).

(288) Il ne semble pas d'ailleurs que le terme se soit immédiatement imposé. L'expansion de l'excès de pouvoir avait été trop soudaine pour qu'on se familiarisât aussitôt avec tous ses aspects. La littérature doctrinale d'après 1872, dans la mesure où nous l'avons fréquentée, nous a mis en présence au mieux de périphrases. Seul BATBIE (2^e éd., t. VIII, 1886, v^o *Excès de pouvoir*) propose l'expression « détournement d'autorité ». Il a très probablement fallu attendre 1888 et le t. II du *Traité* de LAFERRIÈRE pour voir se populariser la trouvaille d'Aucoc.

(289) Cf. le passage précité de L'HÔPITAL (*in comm. d'Hautmont* [5 mai 64], R. 430) : « Le Conseil d'Etat se tient en garde... contre cet abus possible, qu'il a quelquefois constaté, quelquefois entrevu, du droit [de délimitation] de l'administration, droit dont il faut surveiller sans doute, mais dont il faut aussi respecter l'exercice ».

ficiles sur les modes de preuve du détournement de pouvoir ; et ce trait achève de caractériser la façon dont ils retiennent le nouveau grief.

D'abord assez nombreuses sont les espèces où l'allégation faite n'est pas à leur gré suffisamment établie : ils feignent de ne pas l'avoir remarquée, soulevant parfois d'eux-mêmes un moyen différent (290). Quand ils considèrent la preuve comme faite, c'est qu'elle ressort soit de la décision attaquée elle-même ou des documents écrits qui l'accompagnent, bref de l'aveu de l'Administration (291), — soit de l'instruction préparatoire qu'avait ouverte l'Administration elle-même (292), — soit (suprême audace !) des circonstances extérieures, aisément constatables de l'affaire (293) : la haute assemblée ne s'aventure pas plus outre.

SECTION V. — L'examen du fait et les moyens qui en dérivent

§ 1. — L'EXAMEN DU FAIT

98. Les quatre vices qui précèdent n'épuisent pas le contenu du contentieux, consistât-il en un simple contrôle de régularité. L'expérience de ces trente dernières années nous a convaincus, nous modernes, que l'énumération de LAFERRIÈRE, qui précisément ne voulait connaître qu'eux, était courte et qu'entre le respect des conditions de forme et de fond auxquels ils correspondent et l'exercice du pouvoir proprement discrétionnaire existait, dans l'activité des administrateurs, toute une zone où les questions de fait prédominent, mais en présentant un aspect de droit qui autorise l'intervention du juge. Il serait bien étonnant *a priori* que le Conseil ne se fût pas porté de ce côté aussi.

(290) 22 mars 66, *comm. de Combloux*, R. 277 ; 13 d. 66, *Coicaud*, R. 1152 ; 20 jl. 67, *Trône*, R. 689 ; 9 mars 70, *cie des Hirondelles bordelaises*, R. 275 ; 12 jl. 71, *Thomas*, R. 90.

(291) 25 f. 64, *Lesbats*, R. 209 ; 11 jv. 66, *Chabanne*, R. 21 ; 18 mars 68, *Dubur*, R. 316 ; 17 al. 69, *Tabardel*, R. 389 ; 21 jl. 70, *Bertrand*, R. 935 ; 2 at. 70, *Bouchardon*, R. 970. Cf. 30 al. 63, *v. de Boulogne*, R. 404.

(292) 1^{er} f. 66, *Couillaud*, R. 78 ; 19 mars 68, *Champy*, R. 325. Cf. 24 jv. 56, *canal de la Durançole*, R. 69 ; 15 al. 57, *Bouqueton*, R. 278.

(293) 7 jn. 65, *Lesbats*, R. 624 ; 1^{er} f. 66, *Couillaud*, précité ; 13 mars 67, *d'Estampes*, R. 265.

Les écrivains de l'époque le suggèrent fortement. Les commissaires du gouvernement d'abord nous ont laissé un passage de la plus grande netteté sur la faculté pour le Conseil d'entrer dans l'examen du fait (294). Les auteurs étrangers au Conseil vont plus loin encore, car à des affirmations aussi catégoriques (295) ils joignent des observations qui tendent à montrer le Conseil s'emparant de l'erreur de fait pour en extraire toutes les virtualités contentieuses : « Sous la forme du recours pour excès de pouvoir le Conseil d'Etat actuel, déclare en 1869 SERRIGNY, tend à mettre la main sur toutes les affaires. Cette voie ne devrait être qu'un moyen analogue au recours en cassation, qui est exclusif de l'examen des moyens du fond. Le Conseil d'Etat actuel en fait une voie d'appel ; par ce moyen il se rend juge du fond de tous les actes de l'administration active » ; dès 1864 REVERCHON avait noté : « ...Quelquefois même... elle [cette haute juridiction] y [dans l'excès de pouvoir] a fait rentrer de mauvaises appréciations de faits (296) ».

99. Il est en effet exact que l'examen du fait, tout à fait rare à l'époque précédente, est devenu extrêmement fréquent (297) : distance d'un terrain par rapport à une source d'eau

(294) L'HÔPITAL, *in Port de Bercy* (19 jl. 60), R. 563-564 : « ...Le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, peut et doit apprécier et caractériser l'acte qui lui est déféré et, pour cela, il est bien obligé d'entrer dans l'examen des faits. Il serait difficile, en doctrine, de déterminer le point précis où l'abus de pouvoir devient excès de pouvoir ; mais, en pratique, ...si, malgré cette difficulté, le Conseil d'Etat n'entrait pas dans l'examen du fait, le droit... de lui déférer... tous les excès sinon tous les abus de pouvoir... serait illusoire ». — *Contra* ROBERT, *in Bourcier* (26 d. 62), R. 871, qui oppose le recours pour excès de pouvoir au recours contentieux ordinaire, mais qui paraît pour l'instant se forger une conception étroite de la voie qu'il travaille à séparer, — et DE BELBEUF, *in comm. de Combloux* (13 al. 70), R. 444, mais qui ne doit raisonner que pour la censure des arrêts de la Cour des Comptes.

(295) SERRIGNY, 2^e éd., 1865, t. I, n. 227 ; CHOPPIN, S. 68.2.93.

(296) SERRIGNY, *Rev. Cr.* 1869, t. 35, p. 108 ; REVERCHON, *Le Droit*, 28 et 29 d. 64, IV. Le seul tort de ces auteurs est d'illustrer leurs observations perspicaces par de mauvais exemples (délimitations, règlements d'eau). — *Addé* : DE LA CHÈRE, cité par CHAUVEAU, *Journal Droit Adm.* 1864, p. 531, *ad notam*.

(297) 28 jl. 52, *Péron*, R. 319 ; même date, *Girard et Talabot* (2 arrêts), R. 322 ; 18 n. 52, *Magnier*, R. 452 ; 6 jl. 54, *de Lantage*, R. 635 ; 13 d. 55, *Larbaud*, R. 720 ; 10 jv. 56, *Renout*, R. 25 ; 29 jv. 57, *Ponchon*, R. 79 ; 10 jn. 57, *Cie des Forges d'Aubin*, R. 470 ; 23 d. 58, *Cornet*

minérale ou d'un cimetière par rapport à une enceinte, caractère de marché de certaines boutiques, configuration des lieux en un emplacement ayant donné lieu à délimitation, faits de nature à motiver la révocation d'un conseil de fabrique, caractère brevetable d'une invention déposée, risques d'encombrement dans une gare, procédés requis pour vidanger une fosse, déconsidération frappant un certain emplacement dans un cimetière, etc., il n'est rien que le Conseil ne se charge d'établir lui-même. C'est l'effet, non d'un changement dans les principes (qui, nous le savons, n'ont jamais exclu la recherche du fait), mais d'un élargissement des ouvertures : impossible la plupart du temps de contrôler le respect de la loi et la direction imprimée au pouvoir exercé sans contrôler les faits sous-jacents. Du reste, ce contrôle aurait été dès longtemps aussi fréquent, si la preuve de l'incompétence, noyau originel, n'allait presque toujours sans lui : que les circonstances le rendent nécessaire, et il est entrepris sans la moindre hésitation (298). Il en est de même, le cas échéant, pour le vice de formes (299). N'est-il pas vrai enfin que la seule décision qui paraisse résister à l'examen du fait, entrepris par le commissaire du gouvernement, s'explique en définitive par le refus d'étendre en l'espèce l'excès de pouvoir jusqu'à la violation de la loi (300) ?

Seulement, il est à croire qu'étant donné l'élan qui l'emporte, le Conseil va mettre à profit la familiarité qu'il acquiert avec le fait pour faire surgir de ce côté de nouvelles incriminations.

d'Yseux, R. 741 ; 19 al. 59, *de Naurois*, R. 304 ; 12 jl. 60, *Bayne*, R. 533 ; 19 jl. 60, *Port de Bercy*, R. 562 ; 4 al. 61, *Bichard*, R. 235 ; 23 mai 61, *Coquard*, R. 412 ; 27 f. 62, *Gougis*, R. 149 ; 27 mai 63, *fabrique de Blensasse*, R. 458 ; 27 mai 63, *Drillet*, R. 470 (c f. concl. L'HÔPITAL, R. 471) ; 30 jl. 63, *Didier*, R. 626 ; 8 f. 64, *Chardin*, R. 123 ; 10 mars 64, *Darnaud*, R. 230 ; 14 al. 64, *Laville*, R. 339 ; 7 jn. 65, *Lesbats*, R. 624 ; 28 mai 66, *Riché*, R. 521 ; 28 mai 66, *Blondeau*, R. 519 ; 13 d. 66, *Coicaud*, R. 1152 ; 9 jv. 68, *Archambault*, R. 18 ; 24 f. 70, *Vve Doizi*, R. 168 ; 29 jn. 70, *Anthon*, R. 825 ; 21 jl. 70, *Bertrand Lemaire*, R. 935.

(298) 19 f. 57, *v. de Mauléon*, R. 160 ; 7 jv. 64, *Amiel*, R. 10 ; 5 f. 67, *Lecreux*, R. 148.

(299) 28 n. 61, *Maréchal*, R. 859 ; 14 jl. 71, *Neveu*, R. 98.

(300) 18 n. 52, *Guilbot*, R. 458, et concl. DU MARTROY.

§ 2. — LES MOYENS ENGENDRÉS

100. 1° Il en est une qui nous est devenue familière, dont la portée d'application est relativement facile à déterminer et la nature contentieuse, indubitable : c'est celle qui accuse une décision d'être fondée sur une « cause juridique inexistante ». Les arrêts du temps ne lui donnent pas ce nom et, en ce sens, ils ne la séparent pas ; mais, vu son caractère, il était fatal qu'ils la rencontrassent et qu'ils la retinssent.

Le hasard a fait qu'elle ne s'est présentée au juge que très tard et en trois occasions seulement (301). En 1865 (302) un sieur Maréchal s'en prend à l'ordre qui lui est intimé, au nom du règlement édicté à son encontre, d'abaisser ses ouvrages hydrauliques ; dans ses observations, le ministre plaide la non-recevabilité du recours contentieux : s'il est en effet exact que M. n'a point contrevenu à son règlement et que ses subordonnés l'ont induit en erreur, le redressement d'une pareille erreur, toute matérielle, ne peut être poursuivi que par la voie administrative ; mais le Conseil juge tout au contraire que l'ordre reçu fait grief à M. et que le recours pour excès de pouvoir qu'il dirige contre lui est fondé, parce qu'« il résulte de l'instruction et [que le] ministre reconnaît que le sieur M. ne s'est point écarté des conditions qui lui ont été imposées par l'administration ». En 1870 coup sur coup (303) le Conseil est saisi de deux requêtes très semblables : d'un côté, un maire a été remplacé dans ses fonctions pour avoir demandé verbalement à les résigner ; de l'autre, des conseillers municipaux, qui se sont associés aux sentiments de six de leurs collègues, démissionnaires, ont été eux aussi considérés comme tels et remplacés dans leurs fonctions ; le juge relève ici l'« erreur de fait » commise et annule au nom de la loi de 1790, observe là que le fait de la

(301) Il est en effet essentiel d'observer qu'on la chercherait vainement dans les arrêts, cités au n. 106, qui se réfèrent à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cela est surtout intéressant pour la période postérieure à 1860 : le Conseil commence alors à tirer ce qu'il peut de l'erreur de fait ; or il n'est pas un arrêt de rejet dont on puisse extraire un défaut de cause.

(302) 8 at. 65, *Maréchal*, R. 758.

(303) 24 f. 70, *Clauzel*, R. 168 ; 7 jl. 70, *comm. des Lilas*, R. 868.

démission n'est pas établi et conclut que l'arrêté de remplacement « est entaché d'excès de pouvoir ».

Le défaut de cause doit donc être rangé parmi les moyens d'excès de pouvoir. A son égard en effet la position du Conseil est ferme et exempte de retours en arrière, en une période qui en connaît plus d'un.

101. Il n'en est pas de même s'agissant du surplus des griefs contentieux qu'il est possible de puiser dans l'erreur de fait.

Les décisions antérieures à l'Empire libéral ignorent tout de cette possibilité (304) : comme nous le verrons plus loin (305), elles font, au-delà de l'incompétence, de la violation des formes et de celle de la loi (dont elles conçoivent qu'elles soient sanctionnées au contentieux), très large la part dévolue au seul contrôle hiérarchique. Le juge ne s'est pas encore suffisamment appesanti sur sa nouvelle conception de l'excès de pouvoir pour s'aventurer en ces régions extrêmes. Ce n'était d'ailleurs qu'une question de temps : les étapes normales furent brûlées lorsque le recours eut été assorti de visées politiques. C'est en ce point de la notion d'excès de pouvoir que leur effet est le plus promptement sensible. Elles hâtent la marche vers l'incorporation totale de la violation de la loi et vers la mise au jour du détournement de pouvoir : mais l'une et l'autre acquisition se heurtent à trop de difficultés pour être immédiates. Du côté de l'erreur de fait, au contraire, le champ est libre : aucun obstacle historique ou logique pour arrêter le Conseil dans sa volonté d'exploiter à fond les ressources de sa compétence de juge.

Le tout est d'en connaître les limites ; or jamais jusqu'ici (306) le Conseil ne les a déterminées, et le problème est si ardu que même de nos jours il n'est pas résolu. Rien d'étonnant donc à ce qu'il commence, au milieu de 1862 (307),

(304) Voy. par ex. : 24 jv. 56, *canal de la Durançole*, R. 69, qui ne relève pas un moyen « d'injustice au fond », par lequel il était demandé d'apprécier la réalité d'un danger d'inondation.

(305) N. 106.

(306) Cf. n. 33 et 71, et voy. L'HÔPITAL qui en 1863 (*in Estienne* [27 mai], R. 451) estime que le contentieux n'est pas juge de l'imminence d'un péril et en 1864 (*in Leseurre* [9 d.], R. 983) pense qu'il l'est du caractère confortatif de travaux effectués.

(307) 10 jl., *de Graves*, R. 568. — (308) 26 d. 62, *Bourcier*, R. 869.

par une décision trop osée : ayant affaire à une mesure de police d'une rivière canalisée, il apprécie l'excès de pouvoir possible du ministre successivement au regard de cette constatation que « la réduction du chemin de halage et du marche-pied n'aura pas pour effet d'entraver la navigation sur le canal » et de cette règle que « le marche-pied doit correspondre au chemin de halage dans les parties des rivières où s'exerce la navigation », constatation et règle qui, pour n'être pas du domaine de la pure opportunité, paraissent bien fixer cependant la valeur proprement administrative de la mesure prise. A la fin de la même année (308), au lieu de se retrancher, comme il avait fait jusqu'ici, derrière la fin de non-recevoir tirée du caractère purement administratif de l'acte, il s'enquiert de l'excès de pouvoir que peut présenter l'obligation, imposée à un propriétaire autorisé à construire et prétendant utiliser une jambe étrière en moëllon, d'établir aux deux extrémités de son mur de face des jambes étrières en pierre, et il conclut au rejet de la requête parce qu'« il résulte de l'instruction » que cette obligation est justifiée par « l'intérêt de la sûreté publique ». En 1866 (309), saisi d'un recours contre la décision par laquelle un préfet avait mis à la charge d'un seul des intéressés les frais de construction d'un barrage sur la Lys, il prouve dans le détail que ce barrage « n'a pas été établi dans l'intérêt exclusif de l'usine » du requérant et il annule pour excès de pouvoir. Même s'il n'y a ici, à tout prendre, qu'une recherche de la violation de la loi, accompagnée d'un examen extrêmement poussé du fait, et quelque rares qu'aient été les espèces où il a été convié à manifester ses tendances, le Conseil paraît donc disposé en cet instant à tirer tout le parti possible de l'erreur de fait. — Pourtant, cette même année 1866, un revirement relatif s'amorce (310) : la haute juridiction refuse d'écouter un vidangeur discuter l'appréciation qui a été faite de la façon dont il a satisfait aux conditions fixées dans l'intérêt de la salubrité publique pour l'exercice de son industrie ; le sieur Bourcier avait été plus heureux. Six mois plus tard (311), elle déclare que l'appréciation erronée qu'a pu donner de

(309) 3 at., *Schotmans*, R. 931. — (310) 5 d., *Jullien*, R. 1095.

(311) 20 jn. 67, *Germond*, R. 582. — (312) 18 jn. 68, *Poisson*, R. 703.

deux décisions judiciaires le ministre de l'Intérieur, en statuant sur la demande d'indemnité d'un agent Communal révoqué, « ne saurait constituer un excès de pouvoir », sans doute parce qu'elle ne se juge pas compétente pour fournir l'interprétation que réclament ces décisions et parce que celles-ci constituent dès lors un fait qu'elle se refuse à contrôler. L'année suivante (312), revenant sur la jurisprudence de l'arrêt *Jullien* (probablement parce qu'elle se sent plus à l'aise devant la question posée), elle s'enquiert de la réalité du motif de salubrité invoqué pour refuser une autorisation de construire ; de même, en 1869 (313), elle se prononce sur le caractère confortatif de travaux entrepris. Dans le même temps (314), il est vrai, elle décide que l'appréciation de ce caractère lui échappe et elle exhibe l'écriteau de l'« acte d'administration » qu'on pouvait croire relégué parmi les vieilleries. Mais au début de 1870 (315) elle se constitue juge des soins particuliers qu'exigeait la restauration d'une église, pour décider de la régularité d'une adjudication restreinte. Réciproquement, elle refuse ensuite d'émettre une appréciation personnelle sur le bien-fondé d'une interdiction de bal public (316) ou d'une suspension de conseil municipal (317).

Le défaut de cause mise à part, la position du Conseil d'Etat à l'égard de l'erreur de fait n'apparaît donc pas nettement caractérisée : tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il ne s'interdit pas par principe d'aller jusqu'au bout de sa compétence de juge.

SECTION VI. — Vue générale des moyens d'annulation

102. Finalement donc, et pour déterminer les griefs constitutifs, au terme de notre période, d'excès de pouvoir, *il n'est presque pas un moyen proprement contentieux, susceptible d'être formulé à l'encontre de la régularité d'un acte, qui ne figure dans l'énumération : on y rencontre d'abord les quatre « ouvertures » que LAFERRIÈRE a rendues classiques, — à cette réserve près que la troisième ouverture*

(313) 12 mai 69, *dame Clément*, R. 456. — (314) 2 jn. 69, *Dupont*, R. 568. — (315) 16 f., *Mangane*, R. 106. — (316) 29 jn. 70, *Chapelet*, R. 827. — (317) 13 mars 72, *Mazet*, R. 152.

peut se présenter sous la forme de la violation de la loi sans plus — ; *de plus, on y observe l'erreur de fait, en tant qu'elle engendre le défaut de cause et même* — mais ici avec quelque tâtonnement et beaucoup d'hésitations pour finir — *des moyens qui touchent plus au vif la liberté administrative et sont aujourd'hui encore innomés.*

103. Les deux seules forces que nous ayons senties en présence, tout au long de l'œuvre poursuivie, sont le Conseil d'Etat, qui va de l'avant, et l'Administration, qui défend avec plus ou moins de ténacité ses anciennes positions : l'idée d'une imitation de la jurisprudence judiciaire de l'excès de pouvoir serait *a priori* invraisemblable, si nous ne savions déjà (318) quelle était dès avant 1852 la divergence des deux jurisprudences et si nous ne constatons qu'elle n'a fait que s'accroître. Il semble plutôt que le Conseil ait attendu cet instant où il a mené à bien sa tâche, pour jeter enfin les yeux sur la façon de faire de la Cour Suprême : c'est pour souligner son désaccord (319). — Aussi bien le seul historien (320) qui ait contesté l'originalité de sa création a-t-il invoqué non la jurisprudence des excès de pouvoir, mais celle du pourvoi en cassation en matière criminelle. Mais il est facile de repousser sa conclusion en observant : 1° que la Cour de Cassation, qui disposait de l'article 471-15° du Code pénal, avait autrement moins de mérite que le Conseil à censurer dans les actes administratifs la violation de la loi : pour celui-ci, la question était d'arriver ou non à traduire devant lui des administrateurs qui étaient habitués à l'impunité juridictionnelle dans le monde administratif ; 2° que la Cour de Cassation, si elle condamne quelquefois des irrégularités que nous qualifions aujourd'hui « détournements de pouvoir », n'est jamais (du moins dans les arrêts que cite ARTUR), pas plus que le Conseil avant 1864, consciente de la valeur propre de l'incrimination retenue : pour elle ce sont des violations de la loi ; 3° que la Cour de Cassation n'a jamais essayé de tirer parti de l'erreur de fait.

(318) Voy. n. 35.

(319) AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 280.

(320) ARTUR, R.D.P. 1903, p. 484-494.

SECTION VII. — **Conséquence : étendue de la théorie
des actes de pure administration** (321).

104. Un tel développement de l'excès de pouvoir ne saurait s'accompagner du maintien de la théorie des « actes administratifs ». De fait, devant lui, cette théorie s'amenuise progressivement et finit par disparaître. Les formes successives qu'elle prend scandent même assez exactement la marche de l'excès de pouvoir. Car désormais l'antithèse n'existe plus qu'entre l'excès de pouvoir et l'acte d'administration : c'est l'excès de pouvoir qui, dans son avance tourbillonnante, prend à son compte les quelques recours directs pour vice de formes ou pour violation de la loi qui étaient déjà admis, c'est lui seul qui ouvre peu à peu le contentieux aux réclamations fondées sur la méconnaissance d'un droit acquis (322).

Dès 1852 le sens de l'expression « acte *administratif* », en sa première acception, change : l'idée que les administrateurs actifs puissent juger est en effet définitivement abandonnée (323), et, par contre-coup, la liaison du recours au Conseil à la qualité prétendument contentieuse de la décision rendue ; quand donc on parle de simple administration, c'est par opposition à la décision juridictionnelle que peut seul rendre le tribunal administratif ou judiciaire compé-

(321) Notons ici combien la présence à l'ouverture de notre période de cette théorie et du barrage *de principe* qu'elle oppose aux recours arguant de la violation des formes, de celle de la loi ou de celle d'un droit acquis est (malgré les recours pour vice de formes et les très rares recours pour violation de la loi dont elle s'accommode *omisso medio*) un obstacle décisif à la croyance à l'extension de l'excès de pouvoir par absorption de voies de droit préexistantes. — Pour d'autres critiques de l'hypothèse de LAFERRIÈRE (qui aurait pu aussi bien concerner l'incorporation du vice de formes), voy. notes 141, 153, 243, 247 et 370.

(322) Il semble dès lors qu'en écrivant l'histoire de l'envahissement du contentieux, nous ayons déjà écrit celle de la décadence de l'acte administratif et que la présente section soit inutile. Mais d'abord nous la croyons propre à satisfaire la curiosité du lecteur moderne et à former le pendant de celle qui a trouvé sa place dans la première partie (n. 36-38). Ensuite et surtout le synchronisme n'est pas rigoureux entre le déclin de l'emploi de l'expression et celui de la résistance qu'elle recouvre : anticipé d'un côté, il ne s'achève de l'autre qu'à retardement.

(323) Voy. n. 71.

tent (324), et la cause de la non-recevabilité du recours au Conseil — le refus de la haute assemblée d'entamer tant soit peu les attributions des autres juges — apparaît à nu. — Peu à peu d'ailleurs, par un changement qui va, lui, au fond des choses, c'est cette cause elle-même qui est attaquée (325). Bornons-nous à quelques cas typiques : nous allons y voir la qualification d'acte administratif progressivement abandonnée.

S'agissant de décisions de police, elle peut encore être relevée en 1858 et en 1862, mais ensuite (et déjà en 1859) le renvoi aux tribunaux judiciaires ne fonctionne plus (326). Pour les occupations temporaires, elle revit en 1864 après être restée longtemps en sommeil, puis elle y retombe définitivement (327). Elle déserte jusqu'au domaine des « actes de tutelle administrative » (ceux bien entendu qui engagent un droit privé et qui sont presque toujours des actes-soutiens de contrats prétendus passés en violation de droits subjectifs), qui était pourtant son domaine d'élection : la question sous-jacente étant celle de la validité d'un contrat (une vente, le plus souvent), elle ne demeure dans les arrêts que jusqu'en 1859 (328) ; déjà écartée lorsque le droit invoqué était celui-là même qui résulte de la conclusion du contrat, elle s'efface à ce moment (329), pour ne plus persister qu'à l'occasion de quelques interventions de tutelle de moindre importance (330). Touchant les déclarations de domanialité et les délimitations domaniales, elle se maintient jusqu'en 1866 dans une série d'arrêts qui fait contrepoids à une autre série où elle est absente, mais la place reste alors à celle-ci (331). Au regard enfin des mesures de police des eaux (alignement d'une

(324) Cf. AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 272.

(325) Voy. *supra*, n. 84 et 85.

(326) 7 jv. 58, *Arrachard*, R. 45 ; 23 jv. 62, *Legendre*, R. 70 ; et rpr. texte et notes 173 et 182.

(327) 14 al. 64, *Denier*, R. 348 ; et rpr. texte et note 162.

(328) 24 jv. 56, *Denizet*, R. 61 ; 18 d. 56, *Glandaz*, R. 718 ; 2 jn. 59, *v. de Fontainebleau*, R. 404.

(329) 9 at. 55, *comm. de Neuville*, R. 597 ; 4 al. 61, *Gourraud*, R. 236 ; et les arrêts cités au n. 125, note 518.

(330) 30 mai 61, *Couppé*, R. 452 ; 9 d. 64, *Gibouin*, R. 975.

(331) 30 jn. 53, *de Blois*, R. 660 ; 20 al. 54, *Nogent-sur-Seine*, R. 328 ; 9 at. 55, *Grass*, R. 601 ; 19 jl. 60, *Port de Bercy*, R. 562 ; 5 mai 64, *comm. d'Hautmont*, R. 430 ; 15 f. 66, *Noël*, R. 88 ; et rpr. texte et note 208.

petite rivière, règlement d'eau, autorisation de prise d'eau sur une rivière navigable, etc.), elle règne à peu près sans partage jusqu'à cette même date, sans doute parce que le Conseil estime que la discussion des titres privés qu'elles mettent en jeu ressortit très particulièrement aux juges ordinaires ; mais elle disparaît alors (332).

L'acte administratif *primo sensu* peut être considéré dès lors comme évincé par la poussée de l'excès de pouvoir du côté de la violation de la loi et du droit. Si l'expression est encore usitée, c'est chargée d'un autre sens. Le Conseil en faisait depuis trop longtemps usage pour ne pas la mettre à profit maintenant que, n'éprouvant plus la crainte de dépouiller les autres juges, il voyait affluer les litiges et était bien heureux de trouver une occasion de se décharger sur le voisin. Les « actes administratifs qui ne font pas obstacle » à la saisine du juge compétent reflleurissent donc dans les arrêts des dernières années (et cela avait commencé en 1864) (333) ; mais sous la vieille enveloppe se cache désormais la nouvelle fin de non-recevoir qui sera dite « du recours parallèle » (334-335).

(332) 8 al. 52, de *Lascours*, R. 89 ; 9 f. 54, *Poirier*, R. 91 ; 20 jl. 54, *Rampal*, R. 684 ; 22 mars 60, *Hergott*, R. 239 ; 1^{er} mars 66, *Spente*, R. 196. — Rpr. toutefois texte et notes 206 et 213.

(333) Voy. n. 122 et 125.

(334) Il va de soi que, si l'existence des deux séries de décisions n'est pas contestable *in globo*, l'appartenance de chaque décision particulière à une série plutôt qu'à l'autre est affaire d'appréciation souvent délicate et partant contestable.

(335) Il convient d'ajouter que la finesse croissante de l'analyse juridique a fait caractériser à notre époque comme « actes administratifs ne faisant pas obstacle... » (sans que le mot « administratif », d'ailleurs, soit toujours là, le reste de l'expression, si commode, étant applicable à des hypothèses de plus en plus éloignées de l'hypothèse initiale) des actes qui se situent incontestablement en dehors du champ du recours ; à leur endroit donc la qualification n'est pas directement menacée par les progrès de l'excès de pouvoir ; elle pourra subsister longtemps encore. Ces actes sont : 1°) ceux par lesquels s'exprime (non nécessairement du reste sous forme de décisions exécutoires) les prétentions de l'Administration en qualité de partie contractante, alors que le Conseil n'est pas juge du contrat (9 d. 52, v. de *Valenciennes*, R. 590 ; 22 jn. 54, *Ménier*, R. 593 ; 16 at. 62, *chemins de fer du Nord*, R. 690 ; 29 mai 67, *pont de Cournon*, R. 537. Voy. *AUCOC*, 1^{re} éd., t. I, n. 272 ; *FOUCART*, 4^e éd., t. III, n. 1893) ; 2°) des décisions juridiquement inexistantes, attaquées au nom de droits subjectifs qui ont un juge désigné (9 jv. 68, *Chastaignier*, R. 5, et concl. *AUCOC*, R. 7 ; 23 jv. 68, *Quizille*, R. 75) ; 3°) les « lettres » dans les-

165. L'acte administratif n'est pas plus résistant en son deuxième sens.

Il n'est plus question après 1862 d'actes insusceptibles de recours contentieux du moment que les conditions de compétence et de formes à eux imposées ont été respectées (336). Pas davantage, la formule ne vient-elle après cette date arrêter des recours directs pour violation de la loi (337). L'avance de l'excès de pouvoir en direction de la violation de la loi est trop accusée pour qu'elle subsiste plus longtemps ; et, de même que cette avance avait entraîné la raréfaction de son emploi pendant les dix premières années, de même elle entraîne sa disparition un ou deux ans avant que ne soit entièrement tombée la résistance qu'elle recouvre : cette résistance n'est plus assez vigoureuse pour se doubler d'un renvoi explicite à la voie administrative. — Ensuite, la revendication traditionnelle de l'Administration peut, avec une persévérance qui n'est pas le seul effet de la routine (338), reparaitre dans les observations ministérielles : qu'il s'agisse d'une délimitation domaniale, de la révocation d'un conseil de fabrique, de la réorganisation de l'Ecole impériale des Beaux-Arts, d'un arrêté pris en conseil privé par un gouverneur, du déplacement d'un instituteur ou de la déchéance

quelles une autorité donne son opinion sur un litige où est engagée une question de droits subjectifs (21 mai 67, *v. de Rouen*, R. 497 ; 1^{er} jn. 70, *Woilquin*, R. 690) ; 4^o les décisions qu'une très grave incompétence (celle, par exemple, du ministre de l'Intérieur prononçant entre un commissaire-priseur et les administrateurs d'un Mont-de-piété) rend inexistantes, et à l'encontre desquelles on n'invoque pas toujours un droit acquis (3 f. 53, *Devauchelle*, R. 183 ; 18 mai 54, *comm. de Brives*, R. 471 ; 16 al. 63, *Mont-de-Piété d'Avignon*, R. 371 ; 10 f. 65, *Marais des Queyries*, R. 194).

(336) 16 al. 52, *Crignon*, R. 103 et 9 f. 54, *Poirier*, R. 91 (règlements d'eau) ; 30 al. 52, *comm. de Sarron*, R. 132 (classement et déclassement des chemins vicinaux) ; 14 at. 52, *Vaudé*, R. 401 (autorisation de réparer une maison) ; etc... : voy. au surplus les arrêts cités au n. 80 *passim*.

(337) 5 mars 52, *Bocage*, R. 27 (autorisation d'exploiter un théâtre et sa révocation) ; 24 jl. 52, *Bernard*, R. 305 (refus d'imputation sur le fond de non-valeurs de cotes irrécouvrables) ; 14 at. 52, *époux André*, R. 404 (interdiction de réparer les ailes d'un moulin) ; 25 n. 52, *Clérisse*, R. 518 (autorisation de construire) ; 30 mars 53, *de Bréval*, R. 407 (ordre d'élargir une porte marinière et d'en abaisser le seuil) ; ... 30 d. 58, *Vaissié*, R. 779 (révocation) ; etc... : *adde* de même n. 80.

(338) Voy. DES CILLEULS, qui était de la préfecture de la Seine (Gaz. Trib. 19 o. 64, p. 1.018).

d'un conseiller prud'homme (339), le Conseil n'y prête plus l'oreille.

106. Il est vrai que dans son deuxième sens l'expression servait encore à couvrir l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et que rien ne s'oppose ici à ce qu'elle subsiste. De fait, plus d'une fois, avant comme après 1862, elle paraît avec cette signification. Avant 1862, sa présence n'est pas étonnante puisque l'acte administratif conserve une partie au moins (340) de son volume primitif, et un large domaine lui échoit, — celui qui s'étend du respect de la loi de fond et, éventuellement, du droit acquis jusqu'aux extrêmes limites de l'activité discrétionnaire, le Conseil n'osant pas tirer parti de l'erreur de fait et ignorant tout du détournement de pouvoir : sont en effet à ce moment discrétionnaires, c'est-à-dire exemptes de tout contrôle contentieux parce que les seuls auxquels on puisse sérieusement songer (ceux de la compétence, des formes et du respect de la loi ou du droit) ne sont guère intéressants à leur égard, non seulement des initiatives auxquelles nous accorderions aujourd'hui ce qualificatif (acquisition d'une maison d'école, désignation d'un journal pour recevoir les annonces judiciaires, modification d'un tarif d'octroi, internement d'un aliéné, etc.) (341), mais des appréciations (interdiction d'exploiter un emplacement dans une carrière ou ordre de démolir une maison, pour des raisons de sécurité) (342) à l'endroit desquelles le contrôle du juge se conçoit et a été effectivement exercé par la suite (343). — Après 1862 au contraire, il n'est à peu près plus

(339) 27 mai 63, *Drillet*, R. 470 ; même date, *fabrique de Blensasque*, R. 458 ; 21 jl. 64, *Acad. des Beaux-Arts*, R. 680 ; 8 mars 66, *Conseil général de la Martinique*, R. 219 ; 22 mars 66, *comm. de Combloux*, R. 277 ; 11 al. 66, *Dujarrier*, R. 363.

(340) On aura remarqué en effet que, dès le début de notre période, le contrôle contentieux direct comporte régulièrement celui des formes en plus de celui de la compétence : quelle que soit la rédaction adoptée par les arrêts (qui, selon l'usage ancien, distinguent le contrôle des formes de celui de l'excès de pouvoir), c'est un effet de l'absorption quasi-immédiate du vice de formes par l'excès de pouvoir.

(341) 7 jl. 53, *comm. de Moutiers*, R. 674 ; 10 mars 54, *Bordesolle*, R. 191 ; 18 mai 54, *Laffargue*, R. 473 ; 24 mai 54, *Hallez*, R. 485 ; 22 jn. 54, *Chitier*, R. 595 ; 20 jl. 54, *Malpertuis*, R. 668 ; 20 d. 55, *commune d'Issoudun*, R. 759 ; 31 jv. 56, *élections de Lect*, R. 115.

(342) 19 jv. 54, *Permisieux*, R. 34 ; 9 f. 54, *Corre*, R. 97.

(343) Voy. *supra* n. 101.

question que de mesures proprement discrétionnaires (déclaration de prise de possession urgente après expropriation, refus de régler une usine, ouverture d'un chemin latéral à une voie ferrée et ordre de le remettre à la Commune, etc.) (344), et elles sont seules à représenter l'administration pure *secundo sensu* : désormais en effet le Conseil travaille à mettre au jour le détournement de pouvoir et à extraire de l'erreur de fait toutes ses possibilités contentieuses ; il n'y a que le pouvoir discrétionnaire qui puisse l'arrêter et qui effectivement l'arrête (345). — Mais il n'y a pas grande originalité à dire que des décisions que ne saurait à aucun titre, ni direct ni indirect, apprécier le juge, relèvent exclusivement de la seule Administration : c'était désormais toute la portée de l'« acte d'administration ». Aussi, vidée de sa substance, l'expression est-elle en voie de disparition dans les dernières années ; le nombre croît sans cesse des arrêts qui préfèrent recourir à des périphrases semblables à celles dont nous usons aujourd'hui : « il appartient à l'administration de déterminer le nombre et l'emplacement des gares qu'elle juge utiles pour le service du chemin de fer », le ministre « n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui appartenaient », « cet arrêté rentre dans les mesures de police qu'il appartient à l'autorité municipale de prescrire », etc. (346).

(344) 8 jv. 63, *de Rochetaillé*, R. 9 ; 9 d. 64, *Leseurre*, R. 982 ; 22 mars 66, *Laffargue*, R. 274 ; 25 al. 67, *de Cosnac*, R. 402 ; 1^{er} al. 69, *ville de Dreux*, R. 301 ; 12 jl. 71, *Thomas*, R. 90.

(345) C'est ici la preuve que le Conseil n'a jamais entendu que prendre en mains les griefs authentiquement contentieux. Cf. L'HÔPITAL, in *Gazette de France* (31 mai 66), R. 1333, après avoir énuméré les vices constitutifs d'excès de pouvoir : « Sortir de là, [ce serait] introduire le contentieux dans le discrétionnaire ».

(346) 28 jv. 64, *Hachard*, R. 87 ; 7 al. 65, *cie des Magasins généraux de Bercy*, R. 422 ; 22 al. 65, *Richefeu*, R. 450 ; 5 mai 65, *de Montailleux*, R. 491 ; 17 jv. 68, *Coget*, R. 47 ; 5 at. 68, *Roussan*, R. 857 ; 11 at. 69, *de Dampierre*, R. 791 ; 24 f. 70, *veuve Dotzi*, R. 168.

TITRE III

ORGANISATION DU RECOURS

107. Concluant sur une affaire où la comparaison s'institue entre le recours au Conseil contre la décision préalable du ministre et le recours *omisso medio* pour excès de pouvoir, L'HÔPITAL, en 1865, donne le caractère *direct* comme un trait essentiel de notre recours, comme le trait constitutif de sa nature « spéciale » ou « exceptionnelle » (347). Il n'existe pas moins que par le passé en effet, formant, ainsi que des arrêts le laissent entendre (348), l'*exceptio generalis* au mode de dévolution des litiges administratifs, et continuant à s'affirmer alors que la décision entreprise est susceptible d'appel devant une juridiction supérieure de dernier ressort ou a été rendue en matière d'autorisations de plaider (349). N'est-il pas cette fois l'indice que notre recours s'est constitué à part ? C'est ce que paraît impliquer cette réflexion de LAFERRIÈRE, que les explications classiques de l'accueil *omisso medio* laissaient incrédule : cet accueil traduit cette vérité que « le Conseil d'Etat a juridiction sur tous les actes administratifs qui violent la loi ou les droits acquis », autrement

(347) *In d'Andigné* (9 f. 65), R. 174 : « Le recours ordinaire contre la décision du ministre est-il non recevable, bien qu'il soit formé dans les délais, par cela seul que le recours spécial, pour excès de pouvoir, contre l'arrêté du préfet, n'était pas recevable, ayant été formé hors des délais ? » et 172 : « Ils ne pouvaient plus être attaqués par la voie directe du recours exceptionnel ouvert sur l'excès de pouvoir ».

(348) 22 at. 53, v. *de Cosne*, R. 839 ; 28 mai 72, *élections de Dommartin*, R. 344.

(349) 15 al. 57, *Chervaux*, R. 254, et CABANTOUS et LIÉGEOIS, 5^e éd., 1873, n. 961 ; 6 d. 60, *de Talleyrand*, R. 728.

dit il est une négation partielle de la justice ministérielle (350). LAFERRIÈRE avait encore plus raison qu'il ne croyait ; car, si l'on prend soin d'observer que la faculté du recours direct, — depuis toujours existante, contemporaine du triomphe de la juridiction ministérielle et de son établissement même, ne constituant donc pas par elle-même une menace pour celle-ci, — profite dorénavant à *toutes* les réclamations qui mettent en jeu la régularité des actes administratifs, il devient visible que les ministres ne conservent plus, en gros, que ce que nous appellerions « le contentieux subjectif » ; or, si celui-ci est encore loin pour l'instant de prêter à une systématisation d'ensemble, la cohésion, l'unité de l'autre contentieux résultent de l'unité même de la notion qui est à sa base et de l'effort continu par lequel le Conseil a porté cette notion jusqu'aux frontières du juridictionnel et de l'administratif : maintenant donc il existe dans les faits, différemment dévolus au Conseil, un contentieux de l'excès de pouvoir et un contentieux commun, formé du surplus des litiges administratifs. Il serait étonnant que la haute assemblée n'y eût pas pris garde.

108. De fait, dans les conclusions de ses commissaires, les indications en ce sens ne manquent pas à partir de 1862 : L'HÔPITAL professe devant les juges qui l'écoutent que les affaires d'excès de pouvoir forment parmi celles qui sont portées devant eux « toute une catégorie » ; ROBERT fait, la même année, cette opposition significative : « Sont-ils susceptibles d'un recours par la voie contentieuse ou, au contraire, ne peuvent-ils être attaqués devant le Conseil d'Etat que par la voie exceptionnelle (351) qu'ouvre l'excès de pouvoir ? » ; deux ans plus tard, il parle de « la matière délicate du recours pour excès de pouvoir » et, montrant une sorte de *trivium*, il observe que l'Académie requérante « peut, aussi bien qu'un particulier, s'adresser, suivant les cas, soit aux tribunaux soit aux juridictions qui statuent sur le contentieux administratif soit enfin à l'Empereur en Conseil d'Etat par la voie extraordinaire (351) du recours pour excès de

(350) 2^e éd., t. II, p. 452.

(351) Voici de nouveau ces adjectifs « exceptionnel », « extraordinaire », que nous avons vus tout à l'heure désigner le caractère direct du recours : ici ils sont pris dans leur acception la plus courante

pouvoir » ; en 1864 aussi, FARÉ paraît bien donner à entendre que les décisions ministérielles elles-mêmes peuvent, selon le cas, être attaquées par la voie de l'appel ou par la voie du recours pour excès de pouvoir ; en 1867 AUCOC entame des conclusions par l'affirmation magistrale de la séparation du recours : « Où se trouve la définition du contentieux administratif dans le sens large où l'entend le décret du 25 janvier 1852 ? Nulle part, si ce n'est dans la doctrine fondée sur votre jurisprudence. Or votre jurisprudence est arrivée à faire deux grandes catégories parmi les recours qui sont soumis à la juridiction administrative suprême : le contentieux administratif proprement dit, — les recours pour excès de pouvoir » ; et, après avoir indiqué le critère de la distinction et les caractéristiques du premier, il poursuit : « Mais, à côté de cet ordre de recours, votre jurisprudence, fondée sur la loi des 7-14 octobre 1790, a établi un autre ordre de recours qui a une nature toute spéciale, le recours pour excès de pouvoir » : DE BELBEUF s'exprime ainsi en 1868 : « Vous êtes juges du contentieux administratif proprement dit ; en outre vous connaissez des recours pour incompétence ou excès de pouvoir », et en 1869 il nomme expressément « la distinction entre le contentieux administratif proprement dit et l'ordre spécial de recours autorisé par la loi des 7-14 octobre 1790 » (352). L'expression définitive de la pensée ainsi énoncée se trouve dans les *Conférences* d'AUCOC qui présentent en 1869 une « théorie des recours pour excès de pou-

et se réfèrent à l'étroitesse prétendue de ses ouvertures (ne dit-on pas : « la voie exceptionnelle et singulièrement étroite de l'excès de pouvoir » ?), dont on aurait mieux fait de considérer la précision, la relative détermination. — Ils ne doivent pas d'ailleurs nous faire douter de l'intention originale du Conseil de reprendre l'avantage sur les ministres et de grignoter leur juridiction (voy. n. 64) ; seulement après dix ans d'une progression incertaine de son but et qui aurait fort bien pu mordre sur le contentieux subjectif, la ligne de partage des deux juridictions commence à se dessiner, l'excès de pouvoir trouvant un domaine assez vaste dans les questions de régularité abstraite, les questions d'obligations demeurant la part des ministres.

(352) L'HÔPITAL, *in v. de Châlons* (20 mars 62), R. 234 ; ROBERT, *in Bourcier* (26 d. 62), R. 870, et *in Acad. des Beaux-Arts* (21 jl. 64), R. 680 ; FARÉ, *in Laville* (14 al. 64), R. 339 ; AUCOC, *in Bizet* (13 mars 67), R. 273 ; DE BELBEUF, *in Ridel* (19 d. 68), R. 1054, et *in Blamoutier* (15 mai 69), R. 474. Cf. DUCROCQ, *le Conseil d'Etat et son histoire*, 1867, p. 8.

voir », laquelle débute par cet avertissement qu'ils ont été « parfois confondus à tort avec le contentieux administratif proprement dit (353) ». Si donc il faut en croire ces auteurs, c'en est fait du recours pour cause d'excès de pouvoir, depuis 1862 le recours pour excès de pouvoir a pris sa succession ; autrement dit, l'excès de pouvoir n'est plus un moyen de nature à ouvrir la voie de droit dite « recours au Conseil », créant à l'intérieur de cette voie un chemin qui est dominé par elle comme l'espèce par le genre : il est le moyen qui permet de saisir le Conseil par une voie propre, constitutive à l'égal du « recours au Conseil », toujours existant, d'un genre, et capable de subsister indépendamment de lui.

Or l'enseignement des arrêts est que dans le même temps le Conseil fait sienne cette manière de voir. D'abord il est significatif que cette appellation de « recours pour excès de pouvoir », que nous venons de rencontrer dès 1864 chez ROBERT, qui devient courante à partir de 1866 ou de 1867 dans les conclusions des commissaires, qu'AUCOC implante définitivement en 1869 dans la littérature doctrinale, se retrouve, tout au moins sous une forme équivalente, dans les décisions du Conseil. Jusqu'ici, il y avait été question d'actes « attaqués, déferés pour excès de pouvoir, pour cause d'excès de pouvoir », et cela était conforme à la donnée du recours au Conseil par la voie contentieuse : on indiquait le moyen qui l'ouvrait. Maintenant, les expressions y fleurissent, qui dénotent la voie de droit indépendante : parfois, il est parlé du « droit de recours, pour cause d'excès de pouvoir, ouvert par la loi des 7-14 octobre 1790 », des requêtes qui sont formées « par la voie de l'excès de pouvoir » (354) ; mais plus souvent, c'est « le recours pour excès de pouvoir » qui est nommé (355). — Ensuite, il est décisif d'observer que

(353) 1^{re} éd., t. I, n. 280 : et plus loin : ce « genre de recours », « le fondement de cet ordre spécial de recours ».

(354) 19 d. 68, *Ridel*, R. 1052 ; 26 jv. 70, *Verdellet*, R. 34. Cf. : 21 mai 67, *v. de Rouen*, R. 497 ; 9 jv. 68, *de Chastaignier*, R. 5 ; 4 f. 69, *Boulangers de Montluçon*, R. 94.

(355) 4 jl. 62, *élections d'Haget-Aubin*, R. 537 ; 26 mai 66, *Moly*, R. 506 ; 19 jl. 66, *élections de Chaillé*, R. 863 ; 8 mai 69, *Lainé*, R. 429 ; 28 jl. 69, *bac d'Orbeil*, R. 710 ; 22 d. 69, *Lefèvre*, R. 1020. — Un arrêt du 27 jn. 67, *comm. de Lurcy*, R. 612, où il est dit que contre un arrêté

jusqu'à 1861 la faculté subsiste, pour les requérants qui arguent de l'excès de pouvoir, d'utiliser les formes simplifiées du recours en matière de contributions directes (356) ou du recours en matière électorale (357). (Qu'on ne dise point que leurs pourvois sont des appels pour excès de pouvoir et qu'à ces appels la dispense de frais s'applique évidemment ; car c'est plus d'une fois à des arrêtés de préfet qu'ils s'en prennent). Dans les dix dernières années, le Conseil ne reconnaît plus aux requérants cette faculté traditionnelle (358). Qu'est-ce à dire, sinon que le Conseil estime dorénavant que la dispense de frais n'est faite, en matière fiscale et électorale, que pour les recours qui forment ce qu'on peut appeler « le contentieux ordinaire », qu'elle ne concerne pas ces recours introduits par une voie spéciale que sont les recours arguant de l'excès de pouvoir ?

Nous trouverons une confirmation de cette idée en étudiant dans un chapitre deuxième la question de la nature du recours : nous verrons que le Conseil le constitue, dans le champ des recours contentieux, à l'état de recours « objectif », comme nous disons aujourd'hui.

préfectoral il a été formé « devant notre ministre de l'Intérieur un recours pour excès de pouvoir », n'affaiblit pas la portée de cette constatation. Le recours préalable devant un ministre donnait lieu à beaucoup de doutes ; trois interprétations étaient possibles et ont dû avoir cours : 1° le ministre est intervenu comme juge, appel est interjeté contre sa décision (en ce sens sans doute L'HÔPITAL, reproduit *supra*, note 347) ; 2° il est intervenu comme administrateur, ayant été saisi par la voie du recours hiérarchique (en ce sens, semble-t-il, la majorité des arrêts) ; 3° il est intervenu comme juge, mais devant lui, au premier degré, existe déjà la séparation des deux contentieux : c'est ce que paraît avoir pensé le rédacteur de notre arrêt. — Notons qu'il y a eu de tout temps des arrêts pour parler du « recours, pour excès de pouvoir, formé devant nous par... » ; mais la présence de la virgule et, maintenant, son absence montrent le changement opéré.

(356) 27 f. 52, *Laurentie*, R. 1 ; 17 jn. 52, *Jacquet*, R. 239 ; 5 jv. 53, *Ruby*, R. 2.

(357) 31 jv. 56, *élections de Lect*, R. 115 ; 6 at. 61, *élections de Tocqueville*, R. 677.

(358) 19 jl. 66, *él. de Chaillé*, R. 863. Le décret de 1864 n'a apporté alors aucun changement à la question, puisqu'il ne dispense, lui, ni du timbre ni de l'enregistrement. — A condition de respecter ses formes propres, un recours pour excès de pouvoir peut d'ailleurs s'adjoindre des conclusions « électorales » : 4 et 25 jl. 1872, *él. de Calacucia et de Montpezat*, R. 399 et 471.

109. Si nous nous en rapportons de nouveau aux commissaires du gouvernement, la différenciation de notre recours n'existerait pas seulement sur le plan de la composition d'ensemble du contentieux administratif : elle se retrouverait dans le détail des solutions qui forment sa théorie.

ROBERT en effet nous le présente comme ayant ses règles propres quant au requérant recevable (359) ; L'HÔPITAL et AUCOC pensent de même (360) et ajoutent qu'il n'exige pas de l'acte attaqué qu'il ait un caractère immédiatement lésif et ne soit pas de nature gouvernementale. Voilà donc des points importants de la théorie de la recevabilité par où il trancherait sur le recours contentieux ordinaire.

Mais il y a mieux : les commissaires connaissent le principe de la limitation des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir à l'annulation et ils en font la pierre de touche de la distinction des contentieux. Le premier à avoir pris position à cet égard est L'HÔPITAL (361) : « En matière de contentieux ordinaire et proprement dit, déclare-t-il aux juges du Conseil, c'est-à-dire lorsque par voie d'appel vous statuez sur la réclamation formée par une partie contre un acte de l'autorité administrative dont l'effet immédiat serait de léser un droit acquis en vertu de la loi, d'un règlement ou d'un contrat, vous êtes juridiction supérieure, vous avez le droit et le devoir de substituer votre appréciation à l'appréciation de la juridiction subordonnée. Votre pouvoir est complet quand à ses conséquences... En matière d'excès de pouvoir au contraire,... vous devez vous borner à vérifier » l'absence des vices inclus dans cette notion ; autrement dit, d'une part, l'appréciation de l'administrateur est souveraine en dehors du champ de la régularité, d'autre part tout l'effet assigné à la décision du juge est d'annuler l'acte ou de le laisser intact. L'année suivante, AUCOC, dans ses conclusions sur l'affaire *Bizet* (362) où il campe si vigoureusement le

(359) *In Acad. des Beaux-Arts* (21 jl. 64), R. 680 s.

(360) L'HÔPITAL, *in Gazette de France* (31 mai 66), R. 1333 ; AUCOC, *in Bizet* (13 mars 67), R. 273 s.

(361) *Ubi supra*.

(362) *Ubi supra*.

principe de la distinction des contentieux, ne fait en somme que développer les affirmations plus succinctes de L'HÔPITAL. Au contraire, en 1868 (363), DE BELBEUF, fidèle d'ailleurs à la doctrine de ses aînés, l'indique d'un mot bref. Finalement, la doctrine est consignée dans les *Conférences sur le Droit administratif* : par là lui était assurée une puissance toute nouvelle de diffusion, car le renom de l'auteur était déjà grand et il n'était guère de chapitre qui ne vint illustrer le dessein d'approfondissement et d'originalité qu'il avait proclamé dans sa préface ; en même temps, sa valeur était rehaussée du fait qu'elle venait s'insérer dans une division tripartite de la matière contentieuse, qui apparaissait pour la première fois et qui, complétée par LAFERRIÈRE (364), était destinée à devenir classique : la juridiction administrative, dit AUCOC, « peut être saisie dans trois conditions différentes. Tantôt elle est juge du fond des contestations soulevées par un acte de l'administration et elle peut substituer sa décision à celle qui est attaquée devant elle... C'est ce qu'on appelle le contentieux administratif proprement dit. Tantôt... elle donne l'interprétation des actes administratifs. Tantôt enfin, elle est saisie de recours qui tendent uniquement à faire tomber un acte irrégulier, sans qu'elle puisse, après avoir annulé cet acte, y substituer une décision différente. Elle prononce alors dans les mêmes conditions que la Cour de Cassation ; c'est à la juridiction administrative suprême, à l'Empereur, en Conseil d'Etat, qu'il appartient de statuer sur les recours pour excès de pouvoir (365) ».

Toutefois, les commissaires du gouvernement sont ici en avance sur la jurisprudence : nous verrons dans un chapitre troisième que la règle qu'ils proclament n'est pas encore pratiquement acquise. Quant aux traits de la théorie de la recevabilité qu'ils donnent comme originaux, il faut se garder de les enregistrer sans contrôle. Au reste, leurs déclarations pèchent beaucoup plus par omission que par erreur :

(363) *In Ridel* (19 d. 68), R. 1054.

(364) Pour être tout à fait exact, il faut dire que la sécession du contentieux répressif avait fait son apparition dès 1862 dans l'ouvrage rempli de vues novatrices, mais d'une lecture ardue et pour cela sans doute demeuré sans grande action, de BOUCHENÉ-LEFER (p. 602).

(365) 1^{re} éd., t. I, n. 270.

la théorie du recours présente un bien plus grand nombre de traits originaux qu'ils ne nous disent.

C'est donc désormais à une voie de recours authentique et nettement différenciée que nous avons affaire. Il n'en est que plus étonnant de constater — ce sera l'objet d'un chapitre premier — que le recours n'a point encore trouvé son point d'application propre : il persiste à assumer des requêtes dirigées contre des actes juridictionnels.

CHAPITRE PREMIER

DES AUTORITES DONT LES ACTES SONT SOUMIS AU RECOURS

110. Dans deux arrêts au moins, et tardifs (366), il est indiqué que le recours pour excès de pouvoir vise « les actes de toutes les autorités administratives ». Est-ce la preuve que son champ d'application est demeuré aussi large qu'il était ? Non point, — parce que, la distinction étant désormais faite entre la décision administrative et la décision juridictionnelle (367), l'opposition moderne des « autorités » et des « juridictions » est sur le point d'entrer dans la terminologie courante, et parce que cette proclamation générale reste un peu vague, faute d'avoir été provoquée par la rencontre d'un jugement administratif, — mais à tout le moins c'est une intéressante présomption. — Elle est d'ailleurs confirmée par le langage de plusieurs auteurs ou commissaires : DE LAVENAY parle alternativement, et comme d'une irrégularité qui appelle toujours la même sanction, de l'excès de pouvoir reproché à la « décision », à l'« autorité », au « juge » ; AUCOC écrit que « tout acte émané d'un agent de l'administration peut être attaqué... pour excès de pouvoir », et par ce terme d'*agent*, digne dans son imprécision de figurer chez ses devanciers, il ne doit pas exclure les juridictions, car, s'il n'avait pensé qu'aux autorités, la présence des conseils délibérants l'aurait fait chercher un autre mot ;

(366) 14 at. 67, *Cie P.-L.-M.*, R. 785 ; 29 jn. 70, *Olivier*, R. 828.

(367) *Voy.* n. 71.

SERRIGNY consacre deux numéros successifs à montrer que le recours peut être dirigé : 1° contre les décisions rendues en dernier ressort ; 2° contre les décisions rendues en premier ressort ; DUFOUR ne maintient pas moins en 1868 qu'en 1854 qu'il concerne les actes de l'office tant du juge que de l'administrateur ; quant à DUCROCQ, il déclare sans ambiguïté : « Ce droit de recours au Conseil d'Etat pour incompétence ou excès de pouvoir est général ; il s'applique indistinctement à tous les actes émanés d'une autorité, d'un conseil ou d'un tribunal administratif », et il répète qu'il est fait pour « tout acte d'un organe quelconque de l'administration française, active, délibérante ou juridictionnelle (368) ».

Voilà un point qu'il vaut la peine de vérifier, d'autant mieux que chemin faisant nous aurons le loisir de nous arrêter devant chacune des « autorités » sur lesquelles la censure de l'excès de pouvoir s'est effectivement exercée. Nous procéderons dans le même ordre que pour la période 1815-1851, et cette fois sans heurter les conceptions du temps : la qualité d'autorités administratives des conseils locaux ne fait plus question, la théorie du ministre-juge est progressivement éclipsée par celle du ministre-administrateur, enfin le terrain est débarrassé de cette funeste doctrine de la décision « contentieuse » des administrateurs qui condamnait à confondre juridictions et autorités ; notre classification moderne devient concevable, et de fait c'est maintenant que son règne commence : DUCROCQ vient de nous le suggérer, AUCOC nous le montrerait aussi bien.

111. Bien entendu, aucune difficulté sur la soumission au recours des autorités de l'administration active.

Celles qui le subissent le plus souvent continuent à être les *préfets*. C'est l'effet de leur position dans l'Administration, et cela correspond aux intentions du Conseil siégeant à l'excès de pouvoir. Parmi eux, un des plus grands, sinon

(368) DE LAVENAY, in *Baril* (6 mars 56), R. 178 ; AUCOC, 1^{re} éd., 1869, t. I, n. 280 ; SERRIGNY, 2^e éd., 1865, t. I, n. 232 et 233 ; DUFOUR, t. II, 2^e éd., n. 244 et 3^e éd., n. 264 ; DUCROCQ, *le Conseil d'Etat et son histoire*, 1867, p. 8 et *Cours*, 3^e éd., 1869, n. 138. Une déclaration tout aussi nette se trouve chez un certain CHANTAGREL (1862, p. 48), qui s'intitule « répétiteur en Droit » et a assez bien réussi, ainsi qu'il le voulait, à exprimer la doctrine moyenne de son temps.

le plus grand, fournisseurs d'arrêts est incontestablement le préfet de la Seine, du moins dans la deuxième moitié de notre période.

Après eux viennent les *ministres*, qui sont maintenant fréquemment censurés. Chose notable, tout se passe comme si la théorie du ministre-juge n'avait jamais existé : il est à peu près inconnu qu'un arrêt fasse ressortir la prétendue valeur de jugement de la décision entreprise ; le Conseil s'abandonne de plus en plus à la conception la plus simple et la plus exacte.

Les *décrets* impériaux fournissent de leur côté un fort contingent d'arrêts (369). Ce contingent serait même, en réalité et en apparence, plus fort si deux raisons ne l'en empêchaient. D'abord, il existe contre eux un recours contentieux en annulation pour vice de formes et un autre pour violation de la loi ou du droit acquis (370) ; or, si l'excès de pouvoir naguère n'englobait pas ces vices, maintenant il est en train de se les annexer : d'où le flottement des arrêts, dont les rédacteurs tantôt se placent dans la donnée traditionnelle et usent des vieilles expressions, tantôt se réfèrent à la nouvelle voie de recours (371). Ensuite, sans qu'on s'en explique bien les motifs, la haute assemblée se prend à notre époque d'un grand respect pour les actes du chef de l'Etat : il lui paraît irrévérencieux de suspecter ou de condamner en eux un excès de pouvoir ; aussi la voit-on bien des fois, là où elle se place indubitablement sur le terrain de l'excès de pouvoir (et où un détail de l'arrêt le révèle : visa de la loi des 7-14 octobre, absence d'avocat, traitement appliqué dans la même matière aux arrêtés préfectoraux, etc.), se servir de

(369) 21 mai 52, *L...*, R. 174 ; 4 jn. 52, *Gilles*, R. 215 ; 6 jv. 53, *Audiard*, R. 38 ; 7 jl. 53, *hospices d'Amiens*, R. 687 ; 28 jn. 55, *hospice de Bar*, R. 477 ; 27 mars 56, *de Pommereu*, R. 224 ; 8 mai 56, *de Graves*, R. 345 ; etc..

(370) Recours qui ne sauraient servir de points d'appui à la « fusion » de LAFERRIÈRE, car 1° ils sont spéciaux aux actes du chef de l'Etat, naturellement déferés à son Conseil quand ils sont pris à parti pour un motif de droit, et 2° ils ne sont même pas généraux dans leur propre domaine, cédant souvent devant le caractère d'« acte d'administration » de la décision entreprise.

(371) L'hésitation n'est pas encore achevée à la fin de notre période. Voy. : 9 jv. 68, *de Vittré*, R. 1 ; 15 mai 69, *Petite-Synthe*, R. 469 ; 26 jn. 69, *Lullier*, R. 599 ; 9 t. 70, *Poulizac*, R. 49.

termes moins déclarés, moins directs et parler d' « annulation » sans autrement préciser, de décisions dont la « validité » est « contestée », qui ont statué « en conformité des lois » applicables, etc. (372).

Parmi les autorités de second rang, on relève assez souvent le *préfet de police* (373), — quelquefois le *gouverneur général de l'Algérie* (374), voire le *gouverneur de la La Réunion* (375) ou de *La Martinique* (376). — Il n'est pas jusqu'au *général commandant la province d'Oran* (377), au *Directeur de l'Intérieur* de La Martinique (378), à un *évêque* (379) ou à un *recteur* (380) dont une ou deux décisions n'aient fait l'objet d'un recours.

A un rang inférieur apparaissent les *sous-préfets* (381), que nous n'avions pas rencontrés au cours de la première période. Cela paraît tenir au fait qu'ils auront été associés par quelques préfets à l'accomplissement de leur tâche, car, si la plupart des décisions du Conseil sont postérieures au décret du 13 avril 1861, qui augmentait leurs attributions, une décision au moins est antérieure à ce décret : avant de s'inscrire dans les textes, la déconcentration au second degré s'était opérée dans la pratique.

(372) 16 d. 52, *Chadeysson*, R. 622 ; 30 n. 54, *Boret*, R. 924 ; 13 jn. 60, *Bouillant*, R. 459 ; 29 jv. 63, *Humblot*, R. 70 ; 20 at. 64, *départ de la Meuse*, R. 815 ; 26 at. 65, *canal Alaric*, R. 858 ; 15 f. 66, *Fresneau*, R. 104 ; 30 mars 67, *Fusco*, R. 321 ; 19 n. 68, *Empaire*, R. 990 ; 13 f. 69, *Tirard*, R. 149. — Après la chute de l'Empire, cette attitude persiste : 26 f. 72, *élections de Montpezat*, R. 101, mais cette fois le respect a fait place à la crainte.

(373) 22 jv. 57, *Soc. d'éclairage par le gaz*, R. 74 ; 19 al. 59, *de Nau-rois*, R. 304 ; 9 mai 67, *duc d'Aumale*, R. 472 ; 20 f. 68, *Bouchers de Paris*, R. 193.

(374) 1^{er} d. 52, *de Fleury*, R. 555 ; 9 mai 67, *Donnève*, R. 458 ; 9 jv. 68, *Servat*, R. 12 ; 24 jn. 70, *Bleuse*, R. 783.

(375) 6 mars 57, *Bédier*, R. 177 ; 7 jv. 64, *Amiel*, R. 10.

(376) 16 at. 59, *Didier*, R. 599 ; 8 mars 66, *Conseil général de La Martinique*, R. 219.

(377) 26 jn. 69, *Avenir Algérien*, R. 598 ; 7 jl. 70, *Soc. de l'Habra*, R. 864.

(378) 28 jl. 69, *Gandelat*, R. 712. Ce fonctionnaire était compétent pour donner des avertissements à la presse.

(379) 15 d. 65, *fabrique de St-Martin*, R. 986.

(380) 9 d. 64, *Leroy*, R. 976.

(381) 28 jl. 59, *gaz de Saint-Quentin*, R. 532 ; 28 n. 61, *comm. de Void*, R. 839 ; 18 jn. 68, *Jousnet*, R. 684 ; 18 mai 70, *comm. d'Aubigné*, R. 595.

Enfin le lot des arrêtés de *maires* est devenu passablement fourni (382). C'est un indice certain de l'accroissement de la vie administrative locale ; leur nombre ne croît-il pas d'ailleurs avec les années ?

112. Pas plus que pour les autorités de l'administration active, il n'y a de doute pour celles de l'administration déléguée.

Mais, pour les deux principales d'entre elles, la proportion des arrêts rendus s'est renversée. La vicinalité n'intéresse-t-elle plus les ruraux ou — supposition plus vraisemblable — les *conseils généraux* connaissent-ils mieux leurs devoirs ? Toujours est-il que de 1852 à 1869 on ne trouve plus de délibération départementale. Il faut attendre la fin de notre période pour voir renaître et se manifester sur le plan contentieux la vie départementale, que les lois de 1866 et de 1871 viennent stimuler et qu'alimentent de nouvelles matières, telle la concession des chemins de fer d'intérêt local. Encore les arrêts sont-ils rares (383) et le Conseil hâte-t-il sur une nouvelle sorte de délibération souveraine, faisant pendant à la délibération sur le « répartition » des directes : celle qui a trait à la vérification des pouvoirs des conseillers élus et que le législateur de 1871, renversant la tradition, avait en effet certainement entendu mettre à l'abri de tout contrôle juridictionnel (384).

Les délibérations de *conseils municipaux*, au contraire, inconnues jusqu'ici, fournissent une bonne cueillette d'arrêts. Soit après avoir réclamé devant le préfet en conseil de

(382) 7 jv. 58, *Arrachard*, R. 45 ; 8 al. 58, *Délas*, R. 277 ; 22 al. 58, *Levassor*, R. 325 ; 19 mai 58, *Vernes*, R. 399 ; 22 d. 59, *Blanc*, R. 775 ; 5 al. 62, *Lebrun*, R. 289 ; 26 n. 63, *Haiguerelle*, R. 779 ; 25 f. 64, *Trutey*, R. 187 ; 5 mai 65, *de Montailleux*, R. 491 ; 14 at. 65, *hab. de Richelieu*, R. 797 ; 11 jv. 66, *Ogier*, R. 8 ; 30 mars 67, *Carbillers et Grillou* (2 arrêts), R. 315 ; 21 mai 67, *Cardeau*, R. 498 ; 5 at. 68, *Michon*, R. 842 ; 4 f. 69, *boul. de Montluçon*, R. 94 ; 11 mars 69, *Pomayrol*, R. 244 ; 5 mai 69, *Voyer*, R. 415 ; 23 mars 70, *Fournier*, R. 325 ; 25 mai 70, *Lesage*, R. 631 ; 29 jn. 70, *Chapelet*, R. 827 ; 2 at. 70, *Bouchardon*, R. 970 ; 16 mai 72, *Bassinot*, R. 308.

(383) 28 al. 69, *v. d'Evreux*, R. 399 ; 8 mai 69, *Lainé*, R. 429 ; 16 f. 70, *Balmier*, R. 108 ; 1^{er} jn. 70, *Baudelocque*, R. 680 ; 30 d. 71, *Sabès*, R. 363.

(384) 4 jl. 72, *él. de Calacuccia*, R. 399 ; 25 jl. 72, *él. de Montpezat*, R. 471.

préfecture (385), ainsi que les y invitait la loi de 1855 (art. 23 et 24), soit bien plus souvent en se présentant *de plano* devant le Conseil d'Etat (386), les habitants des communes, qui savaient déjà attaquer les arrêtés de leurs maires, s'en prennent de plus en plus aux décisions de l'assemblée municipale et témoignent de l'intérêt croissant qu'ils portent à la gestion de leurs affaires.

En dehors de là, ont fait l'objet de quelques décisions : le *conseil général de La Martinique* (387), — les *conseils de recensement* de la garde nationale (388), qu'il est plus juste désormais (389) de qualifier d'autorités administratives, — et même des *bureaux électoraux*, mais à l'occasion du jugement de l'arrêté du conseil de préfecture (390).

113. C'est avec les juridictions que la difficulté surgit. Le recours pour excès de pouvoir continue-t-il à s'appliquer à elles ou bien s'est-il retiré de la zone des tribunaux de premier et de dernier ressort, cédant la place à un recours en appel et à un recours en cassation qui ont pris en compte le grief d'excès de pouvoir, et s'est-il concentré sur le terrain qui lui appartient aujourd'hui en propre : les autorités administratives ?

On pourrait croire que c'est chose faite. Deux forces en effet travaillent en ce sens, qui apparaissent successivement et dont l'action, se conjuguant, ne peut qu'aboutir à la dissociation de la voie et du moyen d'excès de pouvoir.

La première, nous l'avons déjà vue à l'œuvre avant 1852.

(385) 4 al. 56, *Rivière*, R. 255 ; 4 mars 65, *Fabregat*, R. 257.

(386) 17 mars 57, *section de St-Jean*, R. 195 ; 6 mai 58, *Grisel*, R. 348 ; 28 jv. 65, *section de Dinay*, R. 129 ; 14 at. 65, *Beaumont*, R. 800 ; 23 jv. 68, *Chauffy*, R. 74 ; 25 al. 68, *Pannier*, R. 485 ; 29 jn. 69, *Aix-en-Othe*, R. 644 ; 16^e f. 70, *Mangane*, R. 106 ; 23 f. 70, *Fournier*, R. 138 ; 11 al. 72, *Frères de la Doctrine chrétienne de Toulouse*, R. 219. — C'est seulement sur la fin que la tendance se manifesterait dans une espèce (9 f. 70, *de Parseval*, R. 51) à faire du recours devant le préfet en conseil de préfecture, puis l'Empereur en Conseil d'Etat, non le préalable, mais le substitut du recours pour excès de pouvoir. Sur la tendance générale dont participe ce cas, voy. *infra*, n. 123.

(387) 7 al. 69, *Conseil général de La M.*, R. 319.

(388) 2 at. 54, *Frémont*, R. 728 ; 6 mars 57, *Davesnes*, R. 179 ; 22 at. 68, *Fortier*, R. 981, etc.

(389) Voy. DE BELBEUF, *in Sallard* (7 mai 67), R. 440 et 441.

(390) 26 mars 56, *élections de Bourg*, R. 214 ; 2 n. 71, *él. de Tillay*, R. 220.

C'est celle qui pousse à la répartition des organes de l'Administration en autorités et juridictions et à la sous-répartition de celles-ci en juridictions de premier ressort et juridictions de suprême ressort. Maintenant qu'est abolie la doctrine du jugement des administrateurs actifs (391), son action peut être autrement efficace. Or ce à quoi elle pousse, c'est à une systématisation de tous les « recours au Conseil » traditionnellement admis qui les fasse apparaître comme des formes de l'appel, du pourvoi en cassation et de la saisine du juge du premier degré. En effet les traditions judiciaires veulent que contre un jugement de première instance l'appel soit ouvert et que contre un jugement de dernière instance le recours, s'il est admis, soit le pourvoi en cassation ; quant aux décisions des autorités, si elles sont attaquables devant le Conseil, c'est que celui-ci possède à leur endroit une compétence de juge du premier degré (392) et ce qui l'amène à l'exercer, c'est précisément le recours pour excès de pouvoir. Seulement, quand l'appel fonctionne d'un juge devant un autre, il emporte avec lui tous les moyens dont il est possible d'arguer la décision de première instance ; et quand le pourvoi en cassation est ouvert, il s'incorpore tous les moyens de droit qu'il rencontre sur son chemin. Par conséquent, il n'y aura bientôt plus qu'un domaine qui restera en propre au recours pour excès de pouvoir : c'est celui des autorités ; là, ce sera toujours l'excès de pouvoir qui ouvrira en son nom propre le prétoire du Conseil ; en matière de juridictions, il ne subsistera plus qu'un moyen assumé par d'autres voies de droit.

La deuxième force ne se manifeste guère avant 1861-1862. En ces années, l'excès de pouvoir se hausse jusqu'au plan politique et pousse à la constitution d'une voie de droit autonome ; en même temps l'expansion progressive de la notion atteint son plein développement. Or, d'une part, pour qui est faite cette voie de droit ? Exclusivement pour les autorités. Cela ne résulte pas seulement des intentions de ses promoteurs ; cela ressort à l'évidence de la considération des

(391) Voy. n. 71.

(392) Ce point, que les contemporains sont si peu enclins à admettre, est enfin mis en lumière par BOUCHENÉ-LEFER, *Rev. Pratique*, 1864, t. 17, p. 458.

traits nouveaux qui caractérisent le recours et que nous passerons en revue au cours du troisième chapitre : tous sont conçus en fonction des actes des administrateurs, aucun n'est applicable à une sentence de juge. D'autre part, des ouvertures mises au jour, celles qui participent de l'erreur de fait et le détournement de pouvoir, appliqués à l'hypothèse d'un jugement, sont à peu près dénués de sens ; la violation de la loi, elle, n'est pas déplacée, mais, abstraction faite même de l'aisance avec laquelle elle conduit à l'examen du fait, elle engendrera nécessairement une hésitation par son application régulière aux décisions de dernier ressort : car, nous l'avons déjà observé (393), c'est bien davantage pour un juge de surveiller cette irrégularité chez un autre juge que de la surveiller chez un administrateur. Ainsi, de toute sa masse, la juridiction de l'excès de pouvoir se détourne des décisions des tribunaux : aux recours admis contre elles de vivre, sinon de naître, de leur fonds propre. Le recours en cassation, qui avait déjà tendance à apparaître, va donc se constituer sa doctrine propre des ouvertures, laquelle contribuera puissamment à son éclosion ; quant à l'appel pour excès de pouvoir, qui est en train de sourdre, il n'a que faire de nouveaux progrès de l'excès de pouvoir, étant une forme particulière de la voie de droit qui permet la réformation d'ensemble de la décision attaquée, et ne concernant guère au demeurant que les conseils de préfecture pour lesquels depuis beau temps (394) l'excès de pouvoir autorise un contrôle très large (395).

Ainsi la semence est jetée qui fera fructifier et l'appel pour excès de pouvoir et le pourvoi en cassation. Mais, et c'est là pour nous l'essentiel, ni l'un ni l'autre ne s'installent décidément avant 1872. La voie de la cassation demeure in-

(393) N. 78.

(394) N. 25 et 81.

(395) N'est-ce pas par un sentiment obscur de ces modifications et de leurs conséquences que s'explique le changement introduit dans le *Compte* de 1868, relatif aux années 1861-1865 ? Au lieu de totaliser, en matière d'excès de pouvoir, surtout des décisions juridictionnelles de dernier ressort, il ne s'intéresse plus qu'aux actes de l'Empereur, des ministres, des préfets et des maires (p. 208). — Cf. (n. 67) un changement semblable dans l'utilisation du visa de la loi des 7-14 octobre.

connue ; contre une décision définitive, c'est toujours par le recours pour excès de pouvoir qu'on saisit le Conseil. La voie de l'appel, elle, est devenue d'un maniement trop courant pour ne pas être à même de s'annexer l'excès de pouvoir à titre de simple moyen ; mais, si l'appel pour excès de pouvoir se révèle dans un nombre croissant d'arrêts, la majorité d'entre eux laissent encore la question incertaine : ils ne sont pas réfractaires à l'idée d'un fonctionnement du recours pour excès de pouvoir lui-même à l'endroit des décisions de premier ressort ; ainsi s'explique qu'en quelques occasions le Conseil continue à raisonner ouvertement comme si c'était le recours qui dût s'appliquer à ces décisions (396-397).

(396) Au fond, on n'arrive pas à se dégager pleinement de la confusion primitive des organes ; autrement dit, on ne prend pas tout à fait au sérieux la justice administrative. Cf. la réflexion faite au passage (à propos des conseils de préfecture) par ce très perspicace auteur qu'était SERRIGNY (2^e éd., 1865, t. I, n. 240) : « Les autorités administratives, même celles qui statuent sur le contentieux, ne sont pas des tribunaux proprement dits, quant à la source de leurs pouvoirs et au mandat en vertu duquel elles exercent leurs fonctions. Quoique leurs actes participent des jugements, cependant elles sont classées dans la catégorie des fonctionnaires administratifs. »

(397) Au terme de ce développement, nous ne sommes pas sûr, malgré tous nos efforts, d'avoir emporté la conviction du lecteur. Aussi ferons-nous une dernière tentative pour lui faire saisir sur le vif la présence du recours.

S'agit-il des tribunaux de première instance ? Nous avons tous de la peine non seulement à concevoir, mais à imaginer cette coexistence de l'appel et du recours pour excès de pouvoir. Si elle existe, c'est justement que les contemporains ne se soucient pas de mettre dans leurs idées la rigueur qui nous est chère. Mais il y a moyen de rendre sensible le jeu concurrent sur une même décision de ces deux voies de recours. Voici un arrêté de conseil de préfecture : s'il est rendu en matière de comptabilité communale, il est susceptible d'appel devant la Cour des Comptes, mais il peut également être attaqué directement pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, et bien évidemment par notre recours ; supposons-le maintenant rendu en matière de dommages de travaux publics : pourquoi ne pas continuer à admettre la possibilité simultanée du recours en appel, pour le cas ordinaire, et du recours pour excès de pouvoir, quand un requérant le prend par ce biais ? FARÉ, raisonnant sur l'hypothèse de la décision ministérielle (à laquelle il tient à décerner la qualité de décision de justice) et en examinant une qui avait été rendue en matière de délivrance de brevets d'invention, paraît bien l'entendre ainsi : « Nous sommes amené, écrit-il, à contester au ministre en cette matière, non seulement le droit d'examen, mais la qualité de juge. Nous ne croyons pas que cette qualité vous appartienne davantage. Nous ne pensons pas que les décisions du ministre puissent vous être

C'est ce qu'il nous reste à voir avec précision.

1° Où sont, d'après les auteurs modernes (398), les différences caractéristiques entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation ? En trois domaines : celui de la recevabilité, car l'un admet la requête dirigée *omisso medio* contre l'acte d'une autorité inférieure de la hiérarchie et l'autre n'autorise le pourvoi que contre la décision d'une juridiction de dernier ressort : formé contre la décision d'une autre juridiction, subordonnée à celle-ci par la voie de l'appel, il est irrecevable ; — celui des ouvertures, car la cassation n'a lieu aisément que pour incompétence et vice de formes, le Conseil s'est longuement fait prier pour accueillir ici le grief de violation de la loi, et il s'interdit sûrement la recherche des irrégularités apparentées à l'erreur de fait ; quant au détournement de pouvoir, on ne voit guère comment un juge en pourrait être suspecté : — celui de l'autorité des annulations prononcées enfin, puisque la rescision des actes administratifs opère *erga omnes* et que celle d'une décision de justice ne saurait valoir qu'*inter partes*.

Eh bien ! on chercherait vainement à retrouver en ce moment l'une quelconque de ces différences. Les conseils de préfecture en tant que juges des comptes, les conseils départementaux de l'Instruction publique ne statuent qu'en première instance : cela n'empêche pas que leurs décisions peuvent être directement attaquées, il n'est pas requis de saisir le juge d'appel avant de se pourvoir devant le Conseil (399).

déférées à un autre titre que celui de l'excès de pouvoir. » (*In Laville* [14 al. 64], R. 339).

S'agit-il des tribunaux de suprême ressort ? Prenons une juridiction universitaire qui statue à charge d'appel devant le Conseil impérial de l'Instruction publique ; sa décision est déférée au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir : étant donné sa nature de décision de première instance, ce ne peut être que par le recours. Mais un autre requérant, lui, préfère recourir d'abord devant le Conseil impérial ; celui-ci confirme ; le requérant saisit alors le Conseil d'Etat, qui statue sur les deux décisions (*sic*, 14 al. 66, *Etudiants de Paris*, R. 985) : dirons-nous que c'est au titre de la cassation, alors qu'il examine évidemment les deux décisions au même titre et que l'une d'entre elles relève de sa juridiction par la voie de l'excès de pouvoir ?

(398) LAFERRIERE, 2^e éd., t. II, p. 391-392 ; APPLETON, n. 286.

(399) 15 al. 57, *Chervaux*, R. 254 ; 9 d. 64, *Leroy*, R. 976. Remarquons la date, suffisamment tardive, de cet arrêt. — *Contra*, AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 349 et 352, qui ne cite aucun arrêt et s'est visiblement confié aux analogies judiciaires.

— Sur le chapitre des ouvertures il existe bien des décisions en dernière instance qui ne s'accommodent pas de l'extension prise par la notion d'excès de pouvoir : ce sont celles des jurys et des conseils de révision (400). Seulement, nous l'avons vu, l'étroitesse que la notion conserve à leur endroit est due à des raisons toutes spéciales, qui ne tiennent pas à la situation de l'organe dont elles émanent : ne s'observe-t-elle pas de même en ce qui concerne les conseils de recensement, qui sont des autorités ? Ce cas mis à part, aucune espèce ne se rencontre de laquelle ressorte que l'excès de pouvoir s'entend ici autrement qu'ailleurs. Bien mieux : pour ce qui est de la violation de la loi, les arrêts montrent expressément que vaut ici la conception générale de l'excès de pouvoir, telle qu'elle est acquise au moment où le Conseil statue. En 1852, un arrêt *Guilbot* refuse d'entrer dans l'examen de la violation de la loi et du fait auquel le convie une requête dirigée contre la décision d'un conseil académique. La raison ? Tout simplement qu'en cet instant l'excès de pouvoir ne comprend pas en principe la violation de la loi ; l'arrêt ne suggère rien d'autre. Viennent les années 60, et la fusion des deux notions qui s'y accomplit fait que le juge apprécie la légalité de fond des décisions rendues par une commission syndicale dirigeant des travaux de curage, par un conseil d'académie et par le Conseil impérial de l'Instruction publique (401). — Enfin, si c'est bien à notre époque que s'établit l'autorité absolue des annulations s'agissant des décisions administratives, cette transformation est passée inaperçue de ceux-là mêmes qui l'accomplissaient (402) : comment dès lors leur attention se serait-elle portée sur la différence qui s'introduisait à cet égard entre les décisions de juge et les décisions d'administrateur ?

Aucun doute, par conséquent : *la voie du recours en cassation n'existe pas ; quand une décision de dernier ressort est déférée au Conseil, c'est par le recours pour excès de pouvoir qu'elle l'est.*

(400) N. 79.

(401) 18 n. 52, *Guilbot*, R. 458 ; 18 al. 60, *Chauveau*, R. 328 ; 14 at. 66, *Etudiants de Paris*, R. 985.

(402) N. 139.

Pratiquement, ces décisions de dernier ressort (et les décisions de premier ressort des juridictions subordonnées), ce sont quelquefois, mais très rarement, celles de la *Cour des Comptes* (403) ou des *conseils de préfecture juges des comptes* (404) : contre ceux-ci, on préfère en appeler devant la Cour, et contre la Cour existe depuis l'origine un recours pour vice de formes ou violation de la loi que le juge de l'excès de pouvoir tarde plus à fonder dans sa compétence générale que les recours en annulation, très comparables, qui se présentent contre les décrets.

Un lot assez gros et tout nouveau de décisions de dernier ressort est fourni par les juridictions universitaires : en tête vient le *Conseil impérial de l'Instruction publique*, dont la subordination au Conseil continue à susciter en doctrine de larges discussions (405), devant les décisions duquel les intéressés paraissent longtemps s'être inclinés, mais vis-à-vis duquel le Conseil, quand son intervention est enfin provoquée, montre qu'il a entièrement dépouillé la timidité qui l'arrêtait en 1824 (406) ; — ensuite figurent les *conseils d'académie* (407), par quelques espèces ; — enfin se rencontrent, mais eux aussi assez tardivement, les *conseils départementaux de l'Instruction publique* (408).

De temps à autre est attaquée la décision d'une *commission syndicale* dirigeant des travaux de curage, et la rédaction de l'arrêt donne à penser qu'à l'inverse de celle d'une commission de dessèchement de marais elle est considérée comme non réformable (409).

Les *jurys de révision* de la garde nationale (410) et les *conseils de révision*, voire ceux qu'un décret du 18 novem-

(403) 13 al. 70, *comm. de Combloux*, R. 440.

(404) 15 al. 57, *abbé Chervaux*, R. 254.

(405) Voy. p. ex. TROLLEY, t. V (1854), n. 2259.

(406) 23 jv. 64, *Petit-Colas*, R. 50 ; 9 d. 64, *Leroy*, R. 976 ; 14 at. 66, *Etudiants de Paris*, R. 985 ; 9 at. 70, *Campagne*, R. 1040.

(407) 18 n. 52, *Guilbot*, R. 458 ; 14 at. 66, *Etudiants de Paris*, précité.

(408) 9 d. 64, *Leroy*, R. 976 ; 18 mars 65, *comm. de Thuley*, R. 290 ; 28 f. 66, *Rousselle*, R. 178.

(409) 18 al. 60, *Chauveau*, R. 328 ; 12 jl. 64, *Desgrottes*, R. 624.

(410) 24 al. 62, *Risler*, R. 324 ; 28 f. 67, *Gossin*, R. 232 ; 7 mai 67, *Sal-lard*, R. 438.

bre 1870 avait institués pour statuer sur l'incorporation des gardes nationaux dans les compagnies de guerre (411), continuent enfin à apporter leur contribution ; mais, pour le nombre, et plus encore pour la valeur, elle a perdu de son importance.

114. 2° Les décisions de premier ressort qui sont soumises au Conseil émanent des *conseils de préfecture*, des *conseils coloniaux* du contentieux administratif, des *commissions spéciales* statuant sur les plus-values de travaux publics, enfin, dans la très faible mesure où leurs décisions continuent ici à être traitées comme juridictionnelles, des *ministres*. Les seules à être nombreuses (mais il va sans dire qu'elles sont toujours très nombreuses) sont celles des conseils de préfecture.

Il y a d'abord à leur endroit d'incontestables recours pour excès de pouvoir. Au printemps de 1864 (412), est débattue une affaire de délivrance de brevet d'invention, dans laquelle FARÉ prend nettement position en déniaut au ministre à la fois le droit d'examen et la qualité de juge, en professant que le Conseil ne possède pas davantage cette qualité et en concluant que la seule voie ouverte est celle de l'excès de pouvoir. Cela voulait dire soit que, sur la décision ministérielle, de toutes manières contentieuse, l'appel jouait au profit des griefs de fond tendant à la réformation, le recours pour excès de pouvoir, pour les griefs de simple forme, soit même que le recours n'existait que là où le ministre avait seulement fait œuvre d'administrateur (413). Mais en tout cas cela mettait une distance entre le recours et le cas où l'action du ministre ne connaissait pas de bornes et constituait, selon les conceptions encore en honneur, un jugement. Or le Conseil n'entre pas du tout dans ces vues : il admet le droit d'examen du ministre, il se reconnaît ce même droit ; et, au moment où nous voilà transportés au beau mi-

(411) 13 at. 52, *Lasaigne*, R. 373 ; 6 mars 56, *Baril*, R. 177 ; 25 mars 67, *Groschat*, R. 295 ; 13 f. 69, *Layet*, R. 148 ; 3 jv. 71, *Barizel*, R. 1.

(412) 14 al. 64, *Laville*, R. 339.

(413) Voy. en effet le passage essentiel *supra* note 397 : l'interprétation en est incertaine, surtout à cause du refus qu'il contient de considérer le Conseil comme juge.

lieu de l'œuvre juridictionnelle poursuivie au premier, puis au second degré, il achève en prononçant que « dès lors [le] ministre du Commerce a excédé ses pouvoirs en refusant, etc. ». En 1864, le Conseil n'a pas pour habitude de décréter ouvertement d'excès de pouvoir une décision sans que ce soit au titre de la juridiction qu'il vient de renouveler et qu'il cultive avec un soin jaloux. Voilà donc, sur une décision de première instance, un indéniable recours pour excès de pouvoir (414). — Mais il est un moyen plus sûr encore de déceler la présence du recours. N'avons-nous pas observé (415) qu'après 1860 le visa de la loi des 7-14 octobre 1790 ne se rencontre plus guère lorsqu'il est question de juridictions, qu'au contraire il ne manque presque jamais lorsqu'il s'agit d'autorités, et que dès auparavant il tend à se confiner dans les espèces où celles-ci sont en cause ? Il n'est donc pas exagéré de voir en lui une sorte d'étendard qui annonce l'entrée en jeu de la juridiction renouvelée ou en voie de renouvellement. Or en 1867 (416), afin d'annuler pour excès de pouvoir une décision ministérielle en laquelle il voit certainement une décision de justice, le Conseil commence par l'inscrire dans son arrêt. Mais quittons l'exemple des décisions ministérielles : prenons celui des arrêtés de conseil de préfecture, dont la nature de décisions contentieuses de premier ressort n'est pas contestable. Voici en 1854 (417) un examen d'excès de pouvoir entrepris à l'égard de l'un d'entre eux au nom de la loi de 1790. Si l'on objecte que l'arrêt rendu n'est pas absolument probant (418), en voici un autre, bien plus tardif et vraiment indiscutable : celui par lequel en 1866 (419) la haute assemblée, voulant reprendre un conseil qui a statué

(414) A moins que les rédacteurs de l'arrêt n'aient tendu à s'affranchir une fois de plus de la « justice » du ministre et penché (*mais seulement penché*) vers la qualification « administrative » de sa décision.

(415) N. 67.

(416) 21 f. 67, v. de Montbéliard, R. 186.

(417) 4 mai 54, arrosants de Ste-Cécile, R. 379.

(418) En effet il statue conjointement sur l'arrêté du conseil et sur un arrêté préfectoral et il n'est pas interdit de penser que, tant dans ses motifs que dans son dispositif, il réserve l'« excès de pouvoir » pour le préfet et, parlant d'« incompétence » pour le conseil, réforme sa décision par la voie de l'appel.

(419) 25 jv. 66, Dupuis, R. 45.

sur une contravention de grande voirie sans avoir été saisi, se réfère en même temps qu'à la loi de pluviôse à celle de 1790.

A l'inverse, il est bien des fois visible que le Conseil statue dans la donnée de l'appel assorti d'un moyen d'excès de pouvoir. Le 28 mai 1852 est censuré un conseil de préfecture qui avait prescrit l'exécution de travaux « dont l'administration seule pouvait apprécier la convenance » ; le dispositif porte que son arrêté « est réformé » ; or le mot excès de pouvoir n'a pas été prononcé, ni même celui d'incompétence : mais la chose a été condamnée, et — remarquons-le — par la voie de l'appel ; qu'une autre fois donc l'un ou l'autre de ces mots — celui d'incompétence d'abord sans doute, pour ménager les transitions — s'ajoute à la chose, et nous tiendrons un cas d'appel pour excès de pouvoir. Même préparation dans une affaire du même temps où il s'agit de vice de formes : une commission spéciale a négligé l'expertise prévue par la loi de 1807 ; ici encore, pas de qualificatif, mais tout dans l'arrêt reflète la réformation par le juge du second degré pour irrégularité de forme. Deux ans plus tard la notion d'appel pour excès de pouvoir apparaît presque *in terminis* dans la rédaction d'un arrêt : c'est encore une décision de commission spéciale qui est attaquée et la preuve est longuement administrée « que ladite décision est contradictoire et n'a pu être attaquée que par voie d'appel » ; or le Conseil y relève d'abord une incompétence, puis un « excès de pouvoir », la commission ayant cru pouvoir se réformer elle-même. La même année l'arrêté d'un conseil de préfecture est déclaré avoir été pris par lui « en dehors de la limite de ses pouvoirs » ; mais dans le dispositif tout s'efface devant l'idée de réformation : le mot excès de pouvoir, sans doute parce qu'il évoquerait trop nettement la voie de recours qu'il a ouverte et dont il est malaisé de le dissocier, est absent, mais c'est bien l'excès de pouvoir qui motive la réformation. Inutile de collectionner les arrêts : l'appel pour excès de pouvoir a pris définitivement racine ; plus les années passent, moins il a de difficulté à affleurer à la surface ; le nombre croît des arrêts, tel celui que nous citons en note et que nous choisissons à dessein à l'extrémité de notre période, qui, affrontés à un grief de

forme dirigé contre une décision de premier ressort (ici, une incompétence négative), et ce grief dût-il être baptisé du nom de l'excès de pouvoir, se placent nettement et sans peine dans le cadre de l'appel (420).

Mais qu'on prenne maintenant la masse des arrêts rendus soit sur des arrêtés de conseils de préfecture (421) soit sur des décisions de conseils coloniaux (422) soit sur des décisions de commissions spéciales (423) : on aura bien de la peine à dire si l'on a affaire à des appels ou à des recours pour excès de pouvoir. Rien d'étonnant : les auteurs des arrêts ne le savaient pas eux-mêmes. Le caractère de juridictions du premier degré de ces organes s'affirmant chaque jour un peu plus, l'idée que contre leurs actes c'était de l'appel qu'il était toujours fait usage s'ancrait progressivement dans les esprits. Mais par ailleurs les espèces que ces actes présentaient à juger ressemblaient toujours par quelque côté à une espèce déjà rencontrée, et dans celle-ci régnait sauf exceptions la conception du recours au Conseil pour cause d'excès de pouvoir, lequel se perpétuait maintenant dans la voie de droit du « recours pour excès de pouvoir ». Ballotté par ces deux courants, l'ancien et le nouveau, le Conseil aurait pris parti si quelque raison l'y avait incité : mais il ne s'en est point trouvé.

Concluons donc qu'à l'endroit des décisions juridictionnelles de premier ressort la dissociation de la voie et du moyen d'excès de pouvoir est en train de s'accomplir, que les forces qui finiront par la produire sont à l'ouvrage, mais qu'en 1872 elle n'est pas encore chose acquise. Nous sommes avec ces décisions comme dans une zone qu'un astre n'éclaire plus, qu'un autre astre n'éclaire pas encore. Celui-là a dis-

(420) 28 mai 52, *Babelard*, R. 195 ; 13 at. 52, *Cany*, R. 377 ; 22 jn. 54, *Chitier*, R. 595 ; 16 n. 54, *Istria*, R. 861 ; 26 jn. 69, *élections de Setif*, R. 595.

(421) 20 mars 52, *Marthiens*, R. 35 ; 21 mai 52, *Didier*, R. 181 ; 17 jn. 52, *Moulins d'Albarèdes*, R. 242 ; 15 jl. 52, *comm. de Passonfontaine*, R. 295 ; 13 at. 52, *Ouvrard*, R. 382 ; 11 jv. 53, *Touche*, R. 88 ; 29 d. 53, *Aldebert*, R. 1119 ; 17 s. 54, *Simon*, R. 827 ; 4 s. 56, *Citis*, R. 559 ; 18 f. 58, *Sagot*, R. 146 ; etc... ; 28 f. 66, *Hachette*, R. 171 ; 17 at. 66, *Petit-Odon*, R. 1022 ; etc...

(422) 14 d. 54, *Houry*, R. 974 ; etc...

(423) 26 d. 56, *Bertin*, R. 734 ; etc...

paru à l'horizon, mais il laisse derrière lui une lueur qui s'étend encore sur quelques points du terrain. Celui-ci ne paraît pas encore, mais la clarté qui le précède est sensible, du côté où elle naît, en bien des endroits. Quant à l'ensemble du terrain, il y règne un éclairage incertain qui participe de cette aube et de ce couchant.

CHAPITRE II

CARACTERE CONTENTIEUX DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

115. Relisons les morceaux (424) où se trouve proclamée la scission de notre recours et de ce que nous appelons aujourd'hui le contentieux de pleine juridiction : nous verrons qu'au lieu de cette appellation, mise en circulation par LA-FERRIÈRE, celui-ci reçoit le nom de « contentieux administratif proprement dit » et que le souci des commissaires est de se distinguer de leurs devanciers qui ont « confondu à tort » avec lui ce recours d'un autre « ordre » qu'est le recours pour excès de pouvoir. C'est dire bien nettement, semble-t-il, que ce dernier n'est pas un authentique recours contentieux. — Qu'est-il donc alors ? Là-dessus on ne se prononce pas ; mais il n'est pas difficile de deviner l'opinion vers laquelle on penche. Car on n'a pas le choix : il n'existe que deux voies, la contentieuse et l'administrative, et, du moment qu'on expulse notre recours de la première voie, voulût-on faire de lui la source d'une magistrature *sui generis*, on tend à le rapprocher des recours administratifs. C'est bien cette tendance que trahissent de temps à autre les documents de l'époque : on y parle souvent (425), pour la joindre à l'autorité administrative, de « l'autorité souveraine », et cela veut dire : l'Empereur et son Conseil ; on dit plus nettement (426) que le Conseil d'Etat, juridiction d'équité, se situe « au som-

(424) *Supra*, n. 108.

(425) *Sic* L'HÔPITAL, in *Drillet* (27 mai 63), R. 471.

(426) AUCOC, in *v. de Marseille* (14 jv. 65), R. 58.

met de la hiérarchie *administrative*, à côté du chef de l'Etat » ; or c'est ce juge d'équité qui a forgé le recours pour excès de pouvoir : aussi présente-t-on (427) celui-ci comme « une conséquence du droit qui appartient à l'Empereur, *comme chef suprême de l'administration*, de surveiller les agents placés sous ses ordres et de réprimer, au besoin », leurs excès de pouvoir : plus explicite, CHOPPIN (428) fait cette déclaration que ne désavoueraient pas les membres du Conseil : « La raison d'être du recours pour excès de pouvoir, c'est que tout acte émanant d'un fonctionnaire administratif peut être déféré au pouvoir supérieur et en définitive, quand il contient une violation de la loi (429), au Conseil d'Etat ». — Allons plus avant : il n'est pas difficile de mettre à nu la cause de cette attitude. Dans les premières années de l'Empire, tout comme dans la période antérieure, notre recours est contentieux, dans la mesure exacte où le sont les autres, parce qu'il n'est lui-même qu'un cas particulier de « recours au Conseil ». Mais voici qu'en 1862 il dissocie son sort de celui du recours au Conseil, qu'il se constitue à l'état de voie de recours autonome. Les commissaires et les juges qui réfléchissent sur lui ne peuvent pas ne pas prendre une conscience cette fois aiguë de son caractère original : il vise à faire décider de la régularité d'un acte administratif au nom d'une règle abstraite ! N'est-ce pas là ce qu'on demande à un supérieur hiérarchique ? N'est-ce pas tout autre chose que l'œuvre propre du juge, laquelle consiste à départager des adversaires, en délimitant leurs droits respectifs ? La différence doit être d'autant plus sensible aux gens de l'époque que l'originalité de la juridiction du Conseil, telle que nous l'avons esquissée avant 1852 en nous référant à un travail d'HAURIU, a dû se dégrader avec le temps : il est bien probable que le contentieux administratif, subissant l'attraction du contentieux judiciaire, s'est de plus en

(427) DE BELBEUF, in *Ridel* (19 d. 68), R. 1054.

(428) S. 68.2.93, sous *Bouchers de Paris* (20 f. 68). *Adde* : le recours est l'exercice du droit « de l'administration, qui peut évidemment et doit se contrôler elle-même et, quand elle pèche, se corriger ».

(429) Terme qui, en même temps qu'il cadre très bien avec la conception qu'on se fait alors de l'excès de pouvoir (voy. n. 88), marque surtout l'exclusion des griefs d'inopportunité.

plus modelé à son image, au point qu'en 1872 le passage de la justice retenue à la justice déléguée pourra se faire sans grand heurt ; dès lors, le contraste entre le commun des recours au Conseil et le recours pour excès de pouvoir, jadis masqué par le rattachement à une autorité de même nature, devient saillant.

Nombreuses pourtant, et décisives, sont les raisons de croire qu'après la métamorphose de 1862 le recours conserve le caractère contentieux. Ces commissaires du gouvernement, d'abord, qui proclament si hautement qu'il n'est pas le contentieux administratif véritable, ils usent pourtant à son propos de vocables ou d'expressions qui conviennent exactement à un recours contentieux : la « garantie de la juridiction souveraine », la « juridiction de l'Empereur en matière d'excès de pouvoir », la « justice de l'Empereur », enfin le « contentieux » lui-même (430). — Et les arrêts ? Ont-ils changé de terminologie ? Non point : il est même frappant de noter combien ils mettent de régularité à parler, pour le recours pour excès de pouvoir de même que pour tout autre, de « recours devant nous en notre Conseil d'Etat », de « recours par la voie contentieuse », de « recours contentieux » (431) ; certains, après avoir caractérisé la requête comme formée pour excès de pouvoir, la déclarent présentée « devant nous, en notre Conseil d'Etat, par la voie contentieuse » ou parlent pour les requérants d' « attaquer devant nous, en notre Conseil d'Etat, par la voie contentieuse, pour excès de pouvoir (432) » ; quelques-uns enfin, placés en face d'un même acte, attaqué d'un côté pour excès de pouvoir, suscitant de l'autre des conclusions de plein contentieux, écartent par la même formule (à raison du caractère gouvernemental de l'acte) les deux pourvois successifs (433). — Allons plus loin : dépassons la région des apparences, même les plus sûres. Les intentions profondes du Conseil nous sont connues par ce que nous savons déjà de l'attitude qu'il adopte à l'égard de l'erreur de fait et de la retenue qu'il s'impose dans le temps où il restreint, puis

(430) L'HÔPITAL, in *Gazette de France* (31 mai 66), R. 1333.

(431) Entre beaucoup d'autres, voy. : 28 jv. 64, *Anglade*, R. 77.

(432) 21 jl. 64, *Acad. des Beaux-Arts*, R. 680 ; 10 mars 64, *Jolly*, R. 252,

(433) 30 mars 67, *Fusco*, R. 321, — et 30 al. 67, *Dubois*, R. 421.

supprime l'acte d'administration *secundo sensu* (434). Il entend exploiter sans ménagements les ressources de sa compétence de juge, mais il ne médite pas d'aller au delà. — Enfin une confirmation précieuse nous est donnée dans le passage par lequel L'HÔPITAL nous interdit de confondre recours hiérarchique et recours pour excès de pouvoir, professant qu'ils sont « très différents l'un de l'autre », que « l'un peut exister où l'autre n'existe pas », car « il y a origine et sphère d'action différentes (435) ».

Entre ces deux séries de témoignages contradictoires, comment, cette fois encore, opérer la conciliation ? Assez aisément, si l'on veut bien faire la distinction entre la première impression et le sentiment implicite, mais profond. Que le recours pour excès de pouvoir naisse (et nous savons qu'il est presque permis de considérer les années 60 comme celles de sa naissance), que les solutions soient progressivement acquises qui lui donnent toute sa stature : il a une figure trop originale pour ne pas heurter les préjugés en vigueur et se faire taxer d'administratif. Mais cette qualification, qui est sans doute le fait des juges eux-mêmes, ne retentit guère sur leur œuvre. Leur procurant une sensation de sécurité, parce qu'ils se voient adossés à l'autorité hiérarchique du chef de l'Etat, elle les fortifie dans le sentiment de la nouveauté de la voie qu'ils frayent, et par là elle les encourage à y avancer ; elle peut même les inciter à se permettre quelques inflexions en dehors de la ligne strictement juridictionnelle ; mais pour l'essentiel elle demeure sans efficacité. Car ce à quoi travaillent les membres du Conseil, c'est à l'édification d'une juridiction d'un type encore inédit, « objective », comme dira plus tard la doctrine, mais authentiquement contentieuse. Cela, ils ne le disent pas et même ils ne se le disent pas, parce qu'ils ne sont pas théoriciens ; mais ils le sentent intimement, et c'est cette per-

(434) N. 101 et 106 (notamment note 345).

(435) *In d'Andigné* (9 f. 65), R. 173. — Le seul arrêt qui autoriserait le rapprochement avec le recours hiérarchique est cet arrêt *comm. de Lurcy-Lévy* (27 jn. 67, R. 612) que nous avons déjà rencontré (note 355) et qui qualifie de « recours pour excès de pouvoir » un recours devant le ministre de l'Intérieur contre un arrêté préfectoral ; mais c'est une décision insolite.

suasion secrète qui les guide dans leur tâche et transparait en cours de développement.

116. Cette nature essentiellement contentieuse et accidentellement administrative se laisse deviner en plusieurs domaines de la théorie générale de l'excès de pouvoir, telle qu'elle se constitue à ce moment : au nom du recours parallèle le renvoi n'est jamais fait en principe qu'à une autre voie contentieuse, mais sur la fin le Conseil, excédé, ne juge pas impossible de le faire à la voie administrative (436) ; — matériellement l'acte attaquant se détermine d'après les règles qui ont généralement cours en matière contentieuse, mais formellement le Conseil se départit de l'exigence d'une décision écrite qu'il manifeste d'ordinaire : il va à la rencontre du silence et du simple agissement (437) ; — en règle l'acte de gouvernement résiste comme partout aux investigations du juge, mais, limitées à la vérification de la compétence, elles sont tolérées (438).

Mais nulle part la position du Conseil n'est aussi apparente que dans la solution des questions posées par le délai.

1° Deux choses à cet égard situent le recours dans la voie contentieuse.

Tout d'abord, le caractère obligatoire du délai lui-même. Jusqu'à 1862 le délai est imposé et l'obligation de le respecter ne fait pas question (439). Nous restons alors en effet dans la donnée du recours au Conseil pour cause d'excès de pouvoir, et celui-là a bien évidemment — a toujours eu — le caractère contentieux. Mais en 1862 (440) un débat s'insti-
tue sur le caractère obligatoire du délai. Qu'est-ce à dire et pourquoi L'HÔPITAL affirme-t-il dans ses conclusions : « La question est délicate, nous le reconnaissons, très débattue, nous le savons, et votre jurisprudence ne l'a jamais

(436) Voy. n. 122 et 123.

(437) Voy. n. 126 et 127.

(438) Voy. n. 129.

(439) 1^{er} f. 53, *Compeyrot*, R. 249 ; 30 n. 54, *Boret*, R. 924 ; 29 n. 55, *Lefort*, R. 695 ; 26 d. 56, *Bertin*, R. 734 ; 28 jl. 59, *gaz de St-Quentin*, R. 532 ; 8 d. 59, *St-Pierre de Sémilly*, R. 714 ; 1^{er} s. 60, *Badenco*, R. 706 ; 2 jl. 61, *élections d'Ossey*, R. 555.

(440) 20 mars, *v. de Châtons*, R. 234. — Il n'est pas impossible que deux fois déjà le Conseil se soit ou ait été interrogé à cet égard (29 d. 58, *Lefrançois*, R. 768 ; 12 jl. 60, *Bayne*, R. 533), mais il n'a pas répondu.

explicitement tranchée » ? C'est qu'il vient de se produire en matière d'excès de pouvoir une sorte de novation et que la théorie entière du recours mérite d'être remise sur le métier, les points les plus assurés devant être révoqués en doute du fait qu'ils résultaient de l'application machinale de la doctrine du recours au Conseil. Les juges doivent l'entendre ainsi, les conclusions du commissaire du gouvernement ayant sans doute été motivées par les hésitations de l'instruction. Mais ils n'emboîtent point le pas à leur collègue lorsque celui-ci insinue qu'on pourrait très bien recevoir les recours pour excès de pouvoir sans condition de délai, exception devant être faite tout au plus dans le cas où l'affaire amène à la barre deux parties adverses dont l'une oppose à l'autre la déchéance (441). Car ils établissent la conclusion en termes sobres, mais qui excluent toute distinction. La suite des temps devait d'ailleurs montrer que, si le débat avait été ouvert, il était maintenant clos, et dans un sens qui classait nettement le recours parmi les recours contentieux : pas une fois en effet le Conseil ne passa outre à la fin de non-recevoir tirée devant lui de l'expiration du délai (442-443).

(441) Le même manque de conviction en faveur du délai reparait chez lui trois ans plus tard, dans l'affaire *d'Andigné* : 9 f. 65, R. 171, 173 et 174. — Cette fois, il se porte fort qu'avant 1862 le respect du délai n'était pas imposé. Cette contradiction vaut la peine d'être notée, parce qu'elle est une démonstration particulière des libertés que prennent les commissaires, après 1860, avec l'histoire véritable du recours : quand ils ne la connaissent pas, il leur serait facile de la reconstituer ; mais ils préfèrent l'inventer à leur gré, selon les besoins de la cause qu'ils défendent. Ce sont eux les grands responsables de ce qu'on pourrait appeler la Légende de l'excès de pouvoir, qui dépara tant d'ouvrages par la suite, même parmi les meilleurs.

(442) L'affirmation de cette jurisprudence suscita une controverse doctrinale dont les protagonistes mettent assez exactement le doigt sur la question fondamentale ici engagée et qui, à ce titre, mérite aujourd'hui encore la lecture : CHRISTOPHLE, Bull. Trib., 20 jl. 63 ; CHAUVEAU, Journal Droit Adm., 1863, p. 406-413 ; CHRISTOPHLE, Bull. Trib., 7 d. 63.

(443) 5 jn. 62, *d'Andigné*, R. 467 ; 17 jl. 62, *Cauche*, R. 579 ; 12 f. 63, *Baudry*, R. 123 ; 16 al. 63, *Durand*, R. 376 ; 6 jl. 63, *Lautel*, R. 516 ; 13 at. 63, *de Gromard*, R. 688 ; 8 f. 64, *Marquet*, R. 109 ; 2 jn. 64, *comm. de Domancy*, R. 551 ; 20 f. 68, *Barba*, R. 187 ; 18 mars 68, *Labille*, R. 305 ; 30 al. 68, *Desauges*, R. 504 ; 5 at. 68, *Michon*, R. 842 ; 15 mai 69, *Petite-Synthe*, R. 469 ; 9 f. 70, *Cte du Nord*, R. 54 ; 15 jn. 70, *Catusse*, R. 763 ; 21 jl. 70, *Pourteau*, R. 916 ; 19 jl. 72, *Drouard*, R. 437 ; 8 at. 72, *Mourgues*, R. 499.

117. Cette solution est d'autant plus significative qu'il fut bientôt visible qu'elle s'accompagnait d'une solution exactement inverse pour le recours hiérarchique. Avant l'affaire *ville de Châlons* l'absence de délai pour ce recours est une chose qui va de soi, ainsi qu'il résulte non seulement de l'examen des visas des arrêts, mais d'une décision qui avait été amenée à le déclarer expressément (444). La jurisprudence établie en 1862 est au contraire à l'origine d'une difficulté qui aurait pu conduire à poser la question de l'obligation pour le recours hiérarchique préalable de s'enfermer dans le délai de trois mois : un sieur *d'Andigné de Resteau*, qui s'était vu en 1862 opposer la forclusion en attaquant des arrêtés préfectoraux, recourt devant le ministre, puis, sur le rejet de celui-ci, se pourvoit de nouveau devant le Conseil (445). Embarras de celui-ci, qui voudrait bien pouvoir écarter ce requérant, mais qui se convainc qu'il n'y a pas chose jugée sur sa nouvelle réclamation, la première étant dirigée contre les arrêtés du préfet, la seconde contre la décision du ministre. N'y avait-il pourtant pas une objection à lui opposer ? Qu'il aurait dû saisir le ministre dans les trois mois et que, faute de l'avoir fait, il n'était pas recevable à attaquer sa décision ? C'est ce que les juges du Conseil en viendront à penser en 1881 dans l'affaire *Bansais* ; mais pour l'instant cette idée est absente de leur esprit. Pourquoi ? Il paraît que la qualité nominale maintenue au ministre de juge de droit commun s'opposait à ce que le recours devant lui ne fût pas indéfiniment ouvert (446). De plus, l'idée d'imposer un délai eût-elle été soutenue, son inutilité serait aussitôt apparue, la décision confirmative de l'autorité supérieure étant, à notre époque encore, considérée comme faisant grief (447). Mais la raison essentielle, qui dispense de toutes les autres, c'est précisément que l'idée n'a pas été soutenue, parce qu'elle ne paraissait pas soutenable : si la rédaction de l'arrêt le suggère, les déclarations explicites de L'HÔPITAL ce jour-là et, bien plus tard (448), d'Aucoc en

(444) 28 mars 62, *mines de Littry*, R. 270. Cf. 19 al. 59, *Marsais*, R. 302, etc..

(445) 5 jan. 62, R. 467, et 9 f. 65, R. 171.

(446) C'est Aucoc qui l'assure : Rev. Cr. 1888, p. 699.

(447) Voy. *infra*, n. 127.

donnent la certitude. Quand des solutions aussi radicalement opposées sont données comme applicables au recours pour excès de pouvoir et au recours hiérarchique, comment soutenir qu'ils sont de même nature ? Aucune variation ne s'observe d'ailleurs, après 1865, dans le comportement du Conseil à cet égard (449).

Pas davantage n'est-il question de délai en matière de recours gracieux. L'absence de grief produit par la décision confirmative de l'auteur de l'acte initial protégeait le Conseil contre des surprises analogues à celle de l'affaire d'*Andigné* et retenait le problème du délai d'être en passe de se poser. Dira-t-on que justement le Conseil pouvait se préoccuper de ne pas fermer injustement son prétoire ? C'est lui supposer plus de souci des détails qu'il n'est humainement possible d'en avoir, pour l'instant, d'autant mieux que le cas envisagé se présente à lui rarement (450). L'idée de faire jouer ici un délai affleure du reste si peu que, dans un cas anormal où la deuxième décision faisait grief, aucun reproche n'est adressé au requérant pour avoir attendu dix ans avant d'attaquer la décision primitive (451).

118. 2° A l'opposé, de légers signes apparaissent d'une tendance du Conseil à se comporter en supérieur hiérarchique.

La question du caractère d'ordre public du délai en offre un premier. L'examen des arrêts rendus entre 1852 et 1862 prouve qu'il était reconnu en principe (452), mais que le Conseil ne se considérait pas comme tenu de le faire prévaloir et qu'en pratique il ne l'opposait presque jamais aux requérants (453). C'est cette même jurisprudence qu'il main-

(448) 3^e éd., t. I (1885), n. 374.

(449) 14 at. 65, *hab. de Richelieu*, R. 797 ; 22 n. 66, *Guéret*, R. 1071 ; 9 mai 67, *duc d'Aumale*, R. 472 ; 9 ju. 68, *Archambault*, R. 18 ; 15 al. 68, *Robineau*, R. 411 ; 12 mai 69, *Clément*, R. 456.

(450) Nous en connaissons pourtant un exemple : 8 d. 59, *St-Pierre de Sémilly*, R. 714. Rpr. : 19 jl. 72, *Drouard*, R. 437.

(451) Il s'agit d'une décision impériale de 1859 qui est déférée en octobre 1870 au ministre : 8 at. 72, *Mourgues*, R. 499.

(452) 17 f. 53, *Compeyrot*, R. 249.

(453) 1^{er} d. 52, *de Fleury*, R. 555 ; 1^{er} d. 52, *Prouvost*, R. 578 ; 17 f. 53, *Piédavant*, R. 228 ; 12 mai 53, *v. de Brioude*, R. 519 ; 28 jl. 53, *Dehaynin*, R. 826 ; 15 d. 53, *Biennais*, R. 1075 ; 10 mars 54, *Bordesolle*, R. 191 ; 4 jl. 60, *Bandy*, R. 520 ; 12 jl. 60, *Bayne*, R. 533.

tient à partir de 1862, mais on dirait qu'il se félicite de pouvoir atteindre des actes vieux de trois et quatre ans (et parfois bien plus), et pendant plusieurs années il n'oppose pas une seule fois d'office la forclusion (454). Il faut en venir à l'année 1868 pour le voir, aux prises avec le flot d'affaires qui menacent de le submerger, objecter de lui-même, en quelques occasions, l'expiration du délai (455).

119. Le problème de la fixation du point de départ du délai présente un second-signé, plus caractérisé.

Il semble, à lire les auteurs de l'époque (456), que de notre temps la jurisprudence, revenant sur la propension qu'elle avait eue à faire courir promptement le délai, du seul fait que le requérant aurait acquis une connaissance suffisante de la décision qu'il attaque, se tient plus fermement au principe (énoncé dans l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, qui est le texte de base en notre matière) de la notification. Par contre, elle ne doit pas se montrer inflexible pour que l'intéressé ait obtenu connaissance intégrale des dispositions de l'acte ni surtout remise matérielle d'une copie de cet acte. Sur ces deux derniers points, la pratique adoptée en matière d'excès de pouvoir ne paraît pas différer de la pratique générale. Mais où la divergence apparaît, c'est dans la détermination du procédé considéré comme propre à avertir le requérant. Voici en effet ceux auxquels s'attache le Conseil.

L'information donnée par l'administration lui paraît insuffisante : il l'admet bien quand le pourvoi émane de représentants d'une assemblée administrative (en l'espèce, d'un conseil municipal) qui a été officiellement mise au courant d'une décision et appelée à délibérer sur elle (457) ; mais,

(454) 10 jl. 62, *Molard*, R. 567 ; 27 mai 63, *Avenet*, R. 445 ; 30 jl. 63, *Didier*, R. 626 ; 7 jv. 64, *Amiel*, R. 10 ; 8 at. 65, *Raffugeau*, R. 756 ; 28 f. 66, *Lavenant*, R. 175 ; 9 mai 66, *Rouillon*, R. 466 ; 26 mai 66, *Moly*, R. 506 ; 9 jv. 67, *Verdier*, R. 17 ; 30 mars 67, *Carbillers*, R. 315 ; 30 mars 67, *Leneveu*, R. 316 ; 20 jl. 67, *Trône*, R. 689 ; 9 jv. 68, *de Chastaignier*, R. 5 ; 9 jv. 68, *Archambault*, R. 18 ; 18 mars 68, *Dubur*, R. 316 ; 15 al. 68, *Robineau*, R. 411 ; 29 jn. 69, *Aix-en-Othe*, R. 644 ; 2 at. 70, *Bouchardon*, R. 970 ; 6 mars 72, *Jaumes*, R. 142.

(455) 20 f. 68, *Vion*, R. 212 ; 18 mars 68, *Labille*, R. 305 ; 15 jn. 70, *Catusse*, R. 763 ; 19 jl. 72, *Drouard*, R. 437.

(456) Notamment SERRIGNY, 2^e éd. (1865), t. I, n. 297 s.

(457) 8 d. 59, *St-Pierre de Sémilly*, R. 714 ; 20 mars 62, *v. de Châlons*, R. 234 ; 15 jn. 70, *Catusse*, R. 763.

hors de là, « l'information verbale » est jugée par lui inefficace (458).

La publication n'a pas beaucoup plus de succès : une fois, il s'en contente pour un arrêté de sectionnement électoral (459) ; une autre fois, il l'écarte pour un arrêté de répartition d'eaux, parce qu'elle a consisté en une simple mention (460) ; mais le fait primordial, c'est qu'il ne croit pas devoir y recourir de manière générale pour les règlements.

Ses préférences vont certainement à la notification (461) : il l'emploie s'agissant d'alignements, d'inscriptions d'office, de règlements d'eau, voire de la constitution d'un syndicat pour l'entretien d'une digue (462). Visiblement, il n'entend fermer sa porte qu'aux réclamants qui ont été clairement avertis.

Mais ce souci devient bien plus apparent quand on le voit reculer de temps à autre le point de départ du délai jusqu'à la mise à exécution de l'acte : parfois, c'est en des cas (nomination d'un notaire attaquée par des confrères, fixation d'un tarif d'octroi, etc.) où aucun autre mode d'avertissement n'était, sinon concevable, du moins effectivement réalisé (463) ; mais d'autres fois c'est à titre de dernier avertissement, l'acte attaqué (qui prescrivait des travaux de curage) ayant déjà été publié ou ayant même été vraisemblablement notifié (il s'agit d'un alignement) (464).

Il est possible, il est même certain que l'attitude du Conseil procède pour une part de l'embarras dans lequel le jette la décision à laquelle il a le plus ordinairement à faire

(458) 3 d. 64, *Lemoine*, R. 955 ; 30 al. 68, *Desauges*, R. 504.

(459) 2 jl. 61, *élections d'Ossey*, R. 555.

(460) 20 mai 68, *Barral*, R. 561.

(461) Qui doit être une simple notification administrative (13 at. 63, *de Gromard*, R. 688), mais une notification « régulière » (1^{er} s. 60, *Badenco*, R. 706 ; 22 jv. 63, *Milon*, R. 62), c'est-à-dire, d'après les conclusions de L'HÔPITAL dans cette dernière affaire, « émanée de la partie adverse ou du fonctionnaire qui a qualité pour la faire ».

(462) 16 al. 63, *Durand*, R. 376 ; 6 jl. 63, *Lautel*, R. 516 ; 2 jn. 64, *comm. de Domancy*, R. 551 ; 18 mars 68, *Labille*, R. 305 ; 20 mai 68, *Barral*, R. 561 ; 9 f. 70, *Cie du Nord*, R. 54.

(463) 30 n. 54, *Boret*, R. 924 ; 18 mai 54, *Laffargue*, R. 473, et 15 mai 69, *Petite-Synthe*, R. 469 ; 20 f. 68, *Barba*, R. 187.

(464) 5 jn. 62, *d'Andigné*, R. 467 ; 8 f. 64, *Marquet*, R. 109 ; 5 at. 68, *Michon*, R. 842.

— il ne peut plus se le dissimuler depuis l'abrogation de la « décision contentieuse » — en matière d'excès de pouvoir : une décision qui ne met pas aux prises deux adversaires et dont l'éventuelle notification, étant faite par son propre auteur, n'a pas la même signification que celle d'un jugement. Mais il ne l'aurait pas si facilement adoptée s'il n'avait été porté vers elle par un certain penchant, qui n'est pas strictement parlant celui d'un juge, à exercer sa censure sur le plus grand nombre possible d'actes administratifs (465).

(465) Il n'est pas étonnant, si ces deux raisons sont exactes, que les arrêts reflètent une certaine imprécision : leur lecture le montre. Peut-être même n'est-elle pas spéciale à l'excès de pouvoir. Mais cela a pu changer après 1872 : une excellente note anonyme au D. 71.3.82 y invite le Conseil.

CHAPITRE III

ACQUISITION PROGRESSIVE PAR LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR D'UNE THEORIE PROPRE

SECTION I. — Traits par lesquels s'affirme la différenciation du recours

§ 1. — APPARITION D'UNE NOUVELLE CONDITION DE RECEVABILITÉ

ARTICLE 1. — *Théorie du recours parallèle* (466)

120. En fait de théorie, la situation du recours est exactement renversée par rapport à la période antérieure : il s'est acquis le bénéfice d'une théorie propre et c'est seulement sur quelques points ultimes qu'il n'arrive pas à se dégager des solutions communes et à affirmer son autonomie.

De ce changement une première preuve nous sera fournie par la subordination de la recevabilité des recours à une nouvelle condition : celle que nous dénommons « absence de recours parallèle ».

Inutile d'en rechercher bien haut l'origine. Nous savons qu'elle est inconnue dans la période qui précède 1852. Mais il est non moins sûr qu'elle n'appartient pas à la pratique des dix premières années de l'Empire (467). Qu'il s'agisse

(466) Nous employons l'expression moderne, à raison de sa commodité. Mais nous ne l'avons pas rencontrée à l'époque : elle date certainement du temps où l'on a voulu définir avec précision le recours qui autorisait à fermer la voie de l'excès de pouvoir.

(467) Ce sont les commissaires du gouvernement qui ont lancé l'idée contraire : Aucoc d'abord (*in Bouchers de Paris* [20 f. 68],

d'établissement dangereux (468), d'arrêtés de cessibilité (469), d'arrêtés municipaux dont la sanction et le contrôle sont commis au juge de simple police (470), de sectionnements électoraux (471), d'établissement de taxes indirectes (472), ou même simplement de « questions de servitude » (473) : jamais l'objection n'est faite aux requérants qu'ils pourraient obtenir satisfaction devant un autre juge (474).

121. Mais à la fin de l'année 1862, par un arrêt *Larbaud* du 26 décembre (475), les exploitants d'une source d'eaux minérales qui attaquaient l'injonction que leur avait faite le préfet de l'Allier de substituer sur leurs bouteilles les mots « Vichy, — Source Larbaud et Mercier » aux mots « Vichy, — Eau naturelle », se voient répondre que s'ils prétendent « qu'ils ne sont pas tenus d'obtempérer à l'injonction contenue dans cet arrêté parce que cette injonction excéderait les limites légales des attributions de police de l'administration, ce n'est pas à nous, en notre Conseil d'Etat, par la voie contentieuse, qu'il appartient de prononcer sur cette question ». Cette rédaction, combinée avec le visa de l'article 471-15° du Code pénal, les renvoyait évidemment à discuter de la légalité de l'arrêté devant le juge de police, saisi de la contravention qu'ils commenceraient par commettre. — Voilà la décision qui, si elle n'était pas l'effet de la part des juges d'une volonté clairement délibérée — ce serait leur demander plus qu'il n'est possible au milieu d'une pareille effer-

R. 195-196), puis DE BELBEUF (*in Boulangers de Montluçon* [4 f. 69], R. 98, et *in Petite-Synthe* [15 mai 69], R. 470) et LE VAVASSEUR DE FRÉCOURT (Rev. Cr. 1877, p. 309). Leur but est de persuader au Conseil qu'il est moins strict qu'autrefois et de l'amener à une libéralité croissante. D'une manière générale leur action, désireuse d'introduire des principes, s'exerce ici au rebours ou à côté du courant jurisprudentiel. Aussi ferons-nous rarement appel à eux.

(468) 6 mai 53, *Perrache*, R. 500, qui est caractéristique ; 28 jl. 59, *gaz de St-Quentin*, R. 532 ; 17 jl. 62, *Larnac*, R. 574.

(469) 19 al. 59, *Marsais*, R. 302, intéressant aussi, car la Chambre civile avait estimé l'arrêté régulier.

(470) 22 d. 59, *Blanc*, R. 775.

(471) 31 jv. 56, *él. de Lect*, R. 115 ; 2 jl. 61, *él. d'Ossey*, R. 555 ; 6 at. 61, *él. de Tocqueville*, R. 677 ; 4 jl. 62, *él. d'Haget*, R. 537.

(472) 28 d. 54, *Rousset*, R. 1030 ; 19 mai 58, *Vernes*, R. 399.

(473) 15 d. 59, *Klein*, R. 748.

(474) Cf. GUILLIEN, p. 14-17.

(475) R. 862.

vescence jurisprudentielle, — inaugurerait du moins une attitude qu'ils seraient dorénavant toujours disposés à reprendre et dont ils allaient peu à peu développer les conséquences.

En effet ROBERT a beau s'insurger contre la nouvelle doctrine, dont il pressent toute l'ampleur (476) ; le Conseil lui-même a beau — ainsi qu'il est dans ses habitudes — rendre aussitôt après des décisions où se marque une hésitation, renvoyant des requérants devant un autre juge soit sous couleur d'absence de qualité à se pourvoir devant lui soit après avoir commencé à apprécier le bien-fondé de leurs réclamations (477) : la protestation est vaine, l'hésitation exceptionnellement faible et de courte durée. En 1863-1864 une nouvelle condition de recevabilité est installée (478).

122. Rassemblons les arrêts qui la consacrent jusqu'à la fin de notre période : ils permettent de restituer comme suit la figure que le Conseil lui donne.

D'abord il y a des requérants qui veulent le faire juge d'un débat pécuniaire qui s'est institué entre eux et l'Administration : mode de surveillance d'une compagnie gazière, mise en régie prononcée à l'encontre d'un adjudicataire de travaux publics, ordre de reconstruire une digue intimé à un concessionnaire de pont, offre d'indemnité transactionnelle à la suite de la perte d'un bateau dont la propriété est contestée, interprétation d'une convention relative à l'entretien d'une voie latérale à une gare, etc.. Il sent obscurément qu'il est là pour trancher de la régularité des actes, non pour décider des obligations que deux parties peuvent avoir l'une envers l'autre, et il renvoie à peu près régulièrement (479) au conseil de préfecture ou aux tribunaux judiciaires ce contentieux qui sera plus tard considéré comme « subjectif ». L'un de ses arrêts dit fort bien : le requérant « devait porter

(476) *In* Didier (30 jl. 63), R. 627-628.

(477) 12 f. 63, *Grelleau*, R. 107 ; 18 f. 63, *Motte*, R. 151 ; 7 jl. 63, *Leremboure*, R. 539.

(478) On relève en effet en 1863 : 27 mai, *Avenet*, R. 445 ; 30 jl., *Didier*, R. 626 ; 7 at., *Cie parisienne*, R. 648, — et en 1864 : 7 jv., *Raoult*, R. 21 ; 28 jv., *Anglade*, R. 77 ; 10 mars, *Jolly*, R. 232 ; 9 d., *Brucosté*, R. 968.

(479) En dehors d'espèces spéciales (comme *v. de Montbéliard*, R. 186), ne font exception que les affaires contractuelles : voy. n. 89 et 140.

sa demande devant le conseil de préfecture, seul compétent... [en ce qui concerne] le sens et l'exécution de [son] marché » ; et dans les dernières années il lui paraît expédient d'habiller son refus du vêtement de l' « acte administratif qui ne fait pas obstacle... », au moment où celui-ci était sur le point d'être définitivement rangé dans l'armoire aux vieilleries (480).

Mais, ce premier déblaiement effectué, la place ne lui paraît pas encore nette : il existe déjà, tout organisés par les textes et relevant d'autres juridictions, des contentieux de l'annulation. Tel est le cas en matière d'ateliers insalubres (481) ou de démissions d'office de conseillers municipaux (482) : les intéressés « devaient porter leurs réclamations devant le conseil de préfecture ».

Ce n'est pas tout : voici la masse la plus imposante des déclarations d'irrecevabilité. Bien souvent, dans l'ordre de questions où est intervenu l'acte attaqué, un débat peut s'instituer devant un juge autre que le Conseil d'Etat et ce juge a qualité pour statuer préalablement sur la légalité de la décision prise. — Ainsi en est-il en matière de contributions indirectes, et la haute assemblée ne renvoie pas seulement au juge judiciaire les requérants qui contestent le montant de l'imposition qui leur est réclamée (483) — hypothèse qui se confond avec celle que nous avons déjà envisagée — : elle poursuit en écartant ceux-là mêmes qui s'en prennent à la décision qui a fixé les bases de l'imposition (484) et ne déroge qu'une fois à cette façon de faire (485). — La situation est la même en matière d'impôts directs et de taxes assimilées : aussi s'en remet-elle au conseil de préfec-

(480) 7 at. 63, *Cie parisienne d'éclairage par le gaz*, R. 648 ; 7 jv. 64, *Raoult*, R. 21 ; 6 jv. 65, *Fontaine*, R. 1 ; 29 mai 67, *pont de Cournon*, R. 537 ; 13 at. 68, *Herman*, R. 932 ; 22 at. 68, *Langlade*, R. 982 ; 14 jv. 69, *Guerre*, R. 47 ; 4 f. 69, *Lavie*, R. 92 ; 1^{er} al. 69, *v. de Dreux*, R. 301 ; 2 at. 70, *St-Pierre-le-Vieux*, R. 974.

(481) 20 jl. 67, *de Rancé*, R. 679, décision de non-lieu que le Conseil ne craint pas d'agréments de cette déclaration de principe.

(482) 9 d. 64, *Brucosté*, R. 968 ; 22 d. 69, *Courcelle*, R. 1005.

(483) 19 mai 65, *Barthélémy*, R. 537.

(484) 25 jv. 66, *charcutiers de Bourges*, R. 39 ; 28 f. 66, *Lavenant*, R. 175 ; 19 d. 67 *Point*, R. 934 ; 26 d. 67, *Deladerrière*, R. 955 ; 19 f. 68, *chemin de fer d'Orléans*, R. 171.

(485) 15 mai 69, *comm. de Petite-Synthe*, R. 469.

ture du soin de statuer tant sur les litiges qui portent sur l'application des textes de base (486) (reprenant quelquefois, ici aussi, la formule de l' « acte administratif ») que sur ceux qui mettent en jeu la régularité de ces textes eux-mêmes (487). — Ce n'est pas chose bien différente de la part du conseil de préfecture que de pouvoir, à l'occasion du jugement des élections municipales, apprécier la régularité de la division de la commune en sections qui les a précédées : aussi s'en repose-t-elle sur lui du soin de porter cette appréciation (488). — Mais ce n'est pas la même chose que d'avoir le droit, comme juge des contraventions aux actes administratifs, de décider s'ils ont d'abord été légalement faits : car obliger le requérant à vous demander de trancher ce point, c'est l'obliger : 1° à désobéir, 2° à se faire citer devant un tribunal répressif ; d'autre part et surtout, puisqu'il est constant que la compétence du juge de police en matière d'illégalité s'étend aux décisions individuelles aussi bien qu'aux règlements, ce serait de la part du Conseil vouloir abdiquer, dans toute l'étendue au moins du domaine de la police, le jugement des excès de pouvoir dans le temps même où il s'emploie à lui procurer par-devant lui le maximum d'efficacité. Aussi n'use-t-il que très modérément de cette sorte de renvoi. En ayant usé six mois plus tôt dans l'arrêt initial, il le réédite au milieu de 1863, d'autant mieux qu'en l'espèce l'autorité judiciaire, saisie de l'infraction commise, a déjà rendu sa décision, laquelle, confirmée sur appel, est devenue définitive (489). Mais ensuite le renvoi devient extrêmement rare : l'impression très nette est que la

(486) 7 jn. 66, *Pingret*, R. 622 ; 14 d. 68, *Fabien*, R. 1016 ; 14 jv. 69, *Leblanc*, R. 49 ; 26 jv. 70, *Verdellet*, R. 34 (qui insiste) ; 9 f. 70, *Cie du Nord*, R. 54.

(487) 17 at. 66, *Petit-Odon*, R. 1022 ; 14 at. 67, *Lagoutte*, R. 782 ; 25 al. 68, *Gobert*, R. 487 ; 10 jl. 69, *Pijon*, R. 691.

(488) 27 f. 68, *él. d'Alger*, R. 240 ; 12 mai 68, *él. de Kouba*, R. 532. — Dès 1864 (28 jv., *Anglade*, R. 77) elle avait eu l'idée de renvoyer au Corps Législatif une protestation contre le refus d'un préfet de communiquer une liste électorale émargée, sous prétexte « que cette liste était une annexe du procès-verbal des opérations électorales, dont la validité ne pouvait être appréciée que par le C. L. ». Solution évidemment plus grave, mais qui n'avait été formulée qu'après une recherche consciencieuse de la prise qu'aurait pu offrir à la critique du juge l'attitude du préfet.

(489) 27 mai 63, *Avenet*, R. 445.

haute juridiction entend mettre sa marque sur un certain nombre d'affaires où les magistrats judiciaires ne verraient rien à reprendre dans l'initiative administrative. N'avait-il pas du reste esquissé cette attitude dès l'affaire *Larbaud*, ayant retenu pour lui le grief qui tenait du détournement de pouvoir et n'ayant remis l'arrêté du préfet à l'appréciation des juges qu'après avoir écarté ce grief et pour leur confier seulement le soin de l'examiner du chef de la violation de la loi ? C'est ainsi qu'il garde pour lui le jugement des décisions par lesquelles la police est mise au service de l'exécution d'un contrat (490), celui de tous les refus d'alignement et de permis de construire qui émanent du préfet de la Seine (491), celui d'une mesure de police qui est suspecte d'une violation de la loi proche parente du détournement de pouvoir (492), celui d'initiatives et d'entraves policières qui menacent de se répandre s'il n'y est mis le holà (493-494). Il faut attendre les dernières années de l'Empire pour voir les juges du Conseil, en proie à l'embarras et à une certaine lassitude, se décharger sur leurs collègues judiciaires d'affaires qui les obligeraient à entrer dans le détail de la législation sur les réunions, les associations et les coalitions (495) ou de la réglementation de la boulangerie (496). — C'est avec plus de modération encore qu'ils usent du renvoi au conseil de préfecture juge répressif, qui ne peut évidemment décider de l'atteinte portée au domaine public sans décider de la réalité du droit de propriété dont le pré-

(490) 7 jn. 65, *Lesbats*, R. 624 ; 2 at. 70, *Bouchardon*, R. 970.

(491) Notamment : 11 jv. 66, *Chabanne*, R. 21 ; 22 n. 66, *Guéret*, R. 1071 ; 12 mai 69, *dame Clément*, R. 456.

(492) 14 at. 65, *hab. de Richelieu*, R. 797.

(493) 12 al. 65, *Corbière*, R. 368 ; 9 mai 66, *Rouillon*, R. 466 ; 30 mars 67, *Carbillers et Grillou*, R. 315.

(494) Il vaut d'être noté que les arrêts *habitants de Richelieu*, *Carbillers* et *Grillou* sont des arrêts de rejet. L'idée mise en avant par Aucoc (*in Robineau* [15 al. 68], R. 412, et surtout *in Confér.*, 1^{re} éd., t. I, n. 284) et restée assez connue que le Conseil d'Etat ne passait par-dessus la compétence d'autrui qu'au cas où l'acte lui paraissait entaché d'un « excès de pouvoir flagrant » est donc trop étroite, même si on la restreint aux mesures de police. C'est une de ces idées par où les commissaires s'ingénient à introduire la rigueur et les principes dans une jurisprudence qui y est rebelle.

(495) 20 f. 68, *Bouchers de Paris*, R. 193 ; 13 at. 68, *Le Follézeou*, R. 929 ; 22 d. 69, *Lefèvre*, R. 1020.

(496) 4 f. 69, *Boulangers de Montluçon*, R. 94.

venu peut exciper pour sa décharge. Les inconvénients et l'inconséquence d'un pareil renvoi sont du même ordre que précédemment : on voit mal, par exemple, la haute juridiction repousser tout d'un coup les affaires de délimitation domaniale. Elle s'en garde effectivement ; et, après avoir esquissé au début un geste de ce côté, elle n'y revient que dans les derniers temps, quand elle est débordée : encore ne fait-elle que surajouter le renvoi à un conseil de préfecture déjà saisi à un renvoi primordial devant les tribunaux civils gardiens de la propriété (497).

Mais ce faisant elle n'a pas atteint la limite de ce qu'elle se considère comme permis en fait de renvoi. L'acte « administratif » *primo sensu* (498), celui qui entre en conflit avec un droit subjectif capable de crier vengeance devant un autre juge (le plus souvent judiciaire), est en 1864 moribond, mais non point mort (499). Changeons-le de signe, qu'il procède d'un sentiment non de timidité, mais de surabondance dans la possession : il est suffisamment implanté dans les arrêts pour reprendre vie. Ainsi doivent penser les juges qui le réintroduisent dans la circulation (500). — Seulement, avec lui ils adoptent une forme de renvoi dont la gravité dépasse celle des formes que nous avons déjà vues, car ici le renvoi est fait à un juge qui n'est autorisé à décider de la régularité d'un acte qu'en ce sens indirect qu'au cas où il reconnaîtrait l'existence du droit privé et son mépris par l'acte il pourrait allouer à la victime des dommages-intérêts ; mais d'annulation ou de déclaration d'invalidité, point. C'est dès 1864, semble-t-il, que le Conseil entre dans cette voie ; le parti qu'il en tire est d'ailleurs assez incertain : il y a des actes de tutelle prétendus contraires à des droits de propriété ou de préemption, des règlements d'eau prétendument pris en violation de titres privés ou de transactions qui sont à nouveau dévolus au juge ; mais à côté de cela, il y a d'au-

(497) 30 jl. 63, *Didier*, R. 626 ; 15 al. 69, *Lambert*, R. 371.

(498) Voy. n. 87 et 104.

(499) Voy. n. 84, 85 et 104.

(500) Bien entendu, comme nous l'avons déjà dit, si la succession des deux séries est chose incontestable, la répartition des arrêts entre elles deux est presque toujours délicate. C'est souvent une question de rédaction : « il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de... », disent les nouveaux arrêts.

thentiques « actes administratifs » comme l'étaient les délimitations domaniales qui ne reparaissent à peu près plus ; et des cas nouveaux font leur apparition : tels, celui des droits que reconnaît sur les sources l'article 643 du Code civil et dont il est fait état à l'encontre d'une concession de prise d'eau dans une forêt domaniale, ou celui, vraiment excessif, de ce souscripteur à un emprunt de la ville de Paris dont la souscription n'a pas été admise et qui est invité à se pourvoir devant le juge ordinaire pour obtenir délivrance de son titre (501).

123. Cette dernière avance du mouvement poursuivi par le Conseil a beau être grave : elle reste admissible, parce qu'avec elle on a toujours affaire : 1° au renvoi devant un juge, 2° à un juge auquel on demandera une satisfaction à peu près équivalente à celle qu'on attendait du juge de l'excès de pouvoir. C'est de cette double limitation que, par plusieurs arrêts rendus sous l'empire d'une lassitude indéniable et d'un certain désarroi, le Conseil d'Etat impérial s'affranchit dans la dernière année de son existence. Il occupe ainsi une position visiblement aventurée : force lui sera de l'abandonner bientôt (502) ; pour cette raison, les décisions rendues alors apparaissent comme aberrantes : elles ne tiennent pas au centre de gravité de la jurisprudence.

La moins inquiétante est celle par laquelle, saisi d'un recours formé à la fois au fond et pour excès de pouvoir contre une décision du gouverneur de la Cochinchine relative à la résiliation d'un marché, le Conseil renvoie le tout pour instruction au ministre de la Marine, oubliant qu'il peut et doit retenir *omisso medio* le grief d'excès de pouvoir (503). Son excuse réside dans le caractère accessoire que revêt ce grief en l'espèce : l'arrêt eût-il inauguré une jurisprudence, celle-ci aurait été d'une portée limitée.

C'est au contraire une décision franchement abusive qu'il avait rendue un mois plus tôt (504) sur le pourvoi formé par

(501) 10 mars 64, *Jolly*, R. 232 ; 21 mai 67, *Abeille*, R. 510 ; 29 jn. 70, *Olivier*, R. 828 ; 21 jl. 70, *Leroy*, R. 937 ; 7 d. 70, *comm. de Villeneuve*, R. 1092 ; 12 jl. 71, *Supervielle*, R. 85 ; 14 at. 71, *Couillaud*, R. 125.

(502) Voy. *GUILLIEN*.

(503) 11 at. 69, *Pélissier*, R. 780.

(504) 10 jl. 69, *Pharmaciens de Strasbourg*, R. 680.

des pharmaciens contre la décision ministérielle permettant aux écoles supérieures de pharmacie de recevoir des pharmaciens de deuxième classe pour les départements où elles étaient établies. Les requérants prétendaient que cette décision était contraire aux dispositions de la loi du 21 germinal an XI, qui garantissait aux pharmaciens de première classe que leurs confrères de seconde classe ne pourraient passer leurs examens et s'installer que dans les villes où ne siégeait pas une école supérieure. Le Conseil qualifie de « droits » les avantages assurés par cette loi aux pharmaciens de première classe et décide : « C'est devant l'autorité judiciaire qu'ils doivent poursuivre la réparation des dommages qui résulteraient pour eux de cette infraction à la loi et ils ne sont pas recevables » à se pourvoir pour excès de pouvoir. La jurisprudence relative aux violations de droits dont les juges civils sont gardiens avait beau avoir familiarisé avec l'idée de la substitution de la réparation à l'annulation : du moins il s'agissait avec elle d'une punition de l'excès de pouvoir assurée immédiatement et, sinon en nature, tout au moins en espèces ; dorénavant, la voie de l'excès de pouvoir menace d'être fermée chaque fois que la décision critiquée est susceptible d'engendrer dans l'avenir un dommage caractérisé (505) : si cette juridiction éventuelle est destinée à tenir lieu de celle de l'excès de pouvoir, autant abolir celle-ci tout de suite. — Si c'est l'arrêt *Pharmaciens de Strasbourg* qui contient la manifestation la plus nette de la tendance à laquelle s'abandonne un instant le Conseil, la voie lui avait d'ailleurs été ouverte par un arrêt *Groisne* de 1867, — qui avait renvoyé « devant l'autorité compétente », évidemment aux fins de dommages-intérêts, les agents de change et courtiers de marchandises de Clermont-Ferrand qui poursuivaient une violation du Code de commerce et de leur statut professionnel dans l'autorisation donnée au trésorier-payeur général d'exécuter les ordres d'achat et de vente de valeurs françaises que ses clients lui donneraient, — et il est jusqu'à un certain point continué en 1870 par un arrêt *Tugault*, qui incite les propriétaires d'un bateau-lavoir dont la suppres-

(505) Certains contemporains sentirent ce qu'il y avait d'excessif dans cette doctrine : AUCOC, 2^e éd., t. I, n. 299.

sion a été ordonnée à se réclamer de la concession que leur a faite Louis XIII sous forme de demande judiciaire d'indemnité, après toutefois qu'il a rejeté au fond l'allégation d'excès de pouvoir (506).

Mais il y a un témoignage plus décisif encore que ces arrêts des réactions désordonnées que provoque chez le juge de l'excès de pouvoir le sentiment d'être débordé et le désir de se débarrasser à tout prix. L'arrêt déjà cité des *Boulangers de Montluçon* (507), qui est relatif à un arrêté de maire, renferme en effet ce double renvoi simultané : « C'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient d'en connaître, ...en tant que les requérants soutiendraient que ces dispositions sont entachées d'illégalité, et à l'autorité administrative dans l'ordre hiérarchique, en tant qu'ils attaqueraient ces dispositions comme contraires aux règles d'une bonne administration ». Certes, la voie administrative n'est mise ici en parallèle avec la voie de l'excès de pouvoir qu'en ce qui concerne les questions d'opportunité. Mais ce qui est inquiétant, c'est que l'absurdité même du rapprochement ainsi compris ne retient pas le juge de le faire et de suggérer que le recours hiérarchique est un concurrent et un suppléant satisfaisant du recours contentieux pour excès de pouvoir. C'est donner à entendre que ce dernier recours n'a pas de valeur propre. — L'arrêt des *Boulangers de Montluçon* est le seul où le nouveau penchant du Conseil se donne libre cours. Mais, sous des formes plus discrètes, plus admissibles aussi, il reparait par la suite en une ou deux occasions (508). La loi municipale a organisé contre les délibérations des conseils municipaux qui porteraient sur un objet étranger à leurs attributions un recours à deux degrés, qui s'exerce d'abord devant le préfet en conseil de préfecture, puis devant l'Empereur en Conseil d'Etat : il ressemble suffisamment au recours contentieux devant le chef de l'Etat en son Conseil pour que ce dernier soit excusable, au début de 1870, et contrairement à son attitude ordinaire en matière de délibérations commu-

(506) 21 mai 67, *Groisne*, R. 493 ; 27 jl. 70, *Tugault*, R. 964.

(507) 4 f. 69, R. 94.

(508) 9 f. 70, *de Parseval*, R. 51 ; 11 al. 72, *Frères de la Doctrine chrétienne de Toulouse*, R. 219.

nales, de fermer la porte de l'excès de pouvoir à des conseillers municipaux et de les inviter à prendre la voie administrative. Deux ans plus tard, des congréganistes se plaignent que, dans le budget municipal voté et approuvé, il n'y ait plus de crédit ouvert en faveur de leurs écoles : ce n'est pas au juge de décider de la convenance d'une inscription d'office, fût-elle légale en l'espèce, et il agit correctement en renvoyant les requérants devant le ministre.

124. Telle étant l'amplitude exacte du mouvement accompli par le Conseil, il reste à se demander pourquoi à partir d'un certain moment il l'a entrepris. Gardons-nous bien entendu d'imaginer qu'il a agi sous l'empire de quelque idée claire et nettement définie, comme sera plus tard la distinction des contentieux : la lecture de ses décisions, comme la largeur d'application de la nouvelle exception, les contradictions dont elle s'accommode, et les excroissances dont il ne craint pas de la doter dans les derniers temps suffisent à prouver que son initiative lui a été dictée par une considération dont la portée restait incertaine ; les plus clairvoyants parmi les contemporains (509) s'en sont bien aperçus. Mais quelle peut être cette considération ?

Les commissaires du gouvernement ont répété à satiété (510) que c'était, pour partie au moins, la crainte d'entrer en conflit avec les tribunaux judiciaires. Mais d'abord cela n'expliquerait rien des renvois aux juridictions administratives. Ensuite, consultée d'ensemble, l'attitude du Conseil à l'égard des tribunaux judiciaires donne fort à douter que ç'ait été là pour lui un motif décisif. Qu'il ait nourri jadis une crainte révérentielle et presque superstitieuse pour la compétence de ses collègues judiciaires, d'accord ; mais, depuis 1852 au moins, il a banni progressivement ce sentiment, et il en est maintenant arrivé (511) à concevoir le contrôle de l'excès de pouvoir comme la sauvegarde des droits

(509) Ed. M., note sous *Regnault* (14 jv. 76), R. 33 et 35 ; AUCOC, 2^e éd., t. I, n. 299.

(510) ROBERT, in *Didier* (30 jl. 63), R. 627-628 ; AUCOC, in *Bouchers de Paris* (20 f. 68), R. 195-196, et 1^{re} éd., t. I, n. 284 ; DE BELBEUF, in *Boulangers de Montluçon* (4 f. 69), R. 95, et in *Petite-Synthe* (15 mai 69), R. 470 ; DAVID, in *Lacampagne* (26 jn. 74), R. 605.

(511) Voy. *supra* n. 84, 85 et 88.

individuels des particuliers, plaçant ainsi son centre là où il a le plus de chances — il le sait peut-être encore mais ne s'en inquiète plus — de faire concurrence à ses collègues. — Veut-on dire que, s'il ne redoute pas de leur prendre ce qu'ils sont sans doute encore enclins à considérer comme leur bien propre, il ne tient pas à exposer son autorité au dommage qu'elle éprouverait du fait d'une déclaration d'illégalité survenant après que, par une décision de rejet, il n'a rien trouvé à reprendre dans un acte ? Ce serait négliger cette observation que DE BELBEUF lui-même a faite une fois : que la critique des juges est beaucoup moins serrée que celle du Conseil d'Etat et que par suite il est invraisemblable qu'un acte régulier selon lui soit irrégulier d'après ses collègues. Du reste, l'avons-nous vu hésiter, dans les affaires *habitants de Richelieu*, *Carbillers*, *Grillou* et jusque (au moins *pro parte*) dans l'affaire initiale *Larbaud*, à statuer au fond alors qu'il était décidé à rejeter la requête et alors que le juge de police pouvait être saisi par la suite et infirmer pour son compte sa décision ? — Limitera-t-on alors en désespoir de cause la vertu de l'assertion avancée au cas où l'autorité judiciaire, ayant déjà statué, a pris définitivement position ? L'arrêt *Avenet* inclinerait assez à cette interprétation. Mais, dans sa pratique la plus courante, le Conseil est tellement fort et tellement sûr de lui-même qu'il ne se laisse pas impressionner même par cette circonstance : à preuve, les deux affaires *Lesbats* où la Cour de Cassation avait jugé correct l'acte incriminé et où il prononce coup sur coup deux annulations. — Tout ce qu'il convient, croyons-nous, de retenir de l'idée invoquée, c'est que le Conseil ne tient pas à entrer, de propos délibéré et de façon constante, en heurt avec ses collègues et que, dans plusieurs affaires où il penchait déjà, pour un motif qu'il démêlait mal, vers le renvoi, ses commissaires ont pu le décider (et en même temps lui faire illusion sur la véritable raison de s'abstenir) en mettant en avant le respect dû à l'autorité judiciaire.

Ce motif fondamental, il semble qu'ici encore ce soit AUCOC qui en ait livré la formule exacte : « Cette confiance, disait-il dans l'affaire des *Bouchers de Paris*, est même devenue une cause d'embarras pour le Conseil, parce que les parties... ont cherché à donner à toutes les réclamations élevées

à propos des actes de l'administration le caractère d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat ne peut pas cependant accepter qu'on lui constitue ainsi une juridiction universelle aux dépens de toutes les autres juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire (512) ». Voilà en effet le grand risque auquel l'expose l'incorporation de la violation de la loi, de la violation de la loi et du droit et plus généralement des vices constitutifs d'irrégularité intrinsèque : que les particuliers lui soumettent sans exception tous les litiges qu'ils ont avec l'Administration, dès là qu'ils ont en mains une décision et qu'ils réclament seulement une annulation (513) ; ce serait lui demander une perspicacité au-dessus de la normale que de faire instantanément et systématiquement la distinction d'un contentieux « objectif » et d'un contentieux « subjectif » ; elle ne lui servirait à rien d'ailleurs pour s'opposer à l'absorption des contentieux de la régularité au fond qui existaient déjà. — Mais il faut dépasser cette constatation, s'interroger sur son sens profond : le nœud de la question est de savoir comment les juges du Conseil ont été amenés à la faire et pourquoi ils se sont employés à alléger leur juridiction. La première pensée est qu'ils ont succombé sous le faix des trop nombreux pourvois et qu'ils ont entrepris de désencombrer leur rôle. C'est bien là en effet le ressort principal du fonctionnement de la nouvelle exception dans les deux ou trois dernières années de l'Empire, même si l'on met de côté les arrêts excessifs que nous avons analysés en dernier lieu. Mais à ce moment ils utilisent une impulsion déjà donnée. Ce n'est pas en 1867 que l'exception est née : c'est en 1863 et 1864. Or en ce temps-là ils ne souffrent pas du nombre excessif des pourvois : sans doute ce nombre croît dans une proportion qui ne s'est

(512) Cf., en termes seulement plus véhéments, DE BELBEUF *in Boulangers de Montluçon* : « Non, quoi qu'on veuille dire et qu'on puisse faire, vous n'êtes pas le tribunal universel duquel tout procède, auquel tout aboutit. Vous n'avez jamais admis que, sous prétexte d'un recours pour excès de pouvoir, on pût vous amener à dépouiller arbitrairement de leurs attributions toutes les autres autorités de l'ordre administratif ou judiciaire ». Le seul tort de ces écrivains est de ne pas pousser en pleine lumière cette réflexion, sans doute parce qu'elle leur paraît dépourvue d'une suffisante précision juridique. — *Adde* : LAFERRIÈRE, *Rev. Cr.* 1876, p. 303, note 1.

(513) Cf. note 73.

jamais vue et qui ne se verra plus à partir de 1865 (514), mais ils le voient croître d'un bon œil puisqu'ils travaillent et travailleront à susciter les pourvois, élargissant les conditions de recevabilité du côté de l'acte et du côté du requérant, étouffant jusqu'à la limite la notion même d'excès de pouvoir. D'autre part dans la façon dont l'exception s'installe, — cette brusque apparition, cette absence presque complète de tâtonnement qui la suit, cette affirmation dans des régions (l'exception d'illégalité, la compétence conventionnelle des conseils de préfecture, les juges gardiens des droits privés) où elle se maintiendra très incomplètement par la suite ou est particulièrement hasardée (la désignation du Corps Législatif pour statuer sur un refus de communication de la liste électorale émargée), — tout respire le propos délibéré. Aucun doute par conséquent : l'exception n'a pas été imposée aux membres du Conseil par la pression des circonstances, elle est le fruit d'une libre réflexion. Maintenant, ce qui est à l'origine de cette réflexion, c'est ni plus ni moins la fondation du recours pour excès de pouvoir. Avant 1862, tant que le recours pour cause d'excès de pouvoir demeure un cas particulier de recours au Conseil, rien n'attire l'attention sur le risque que court la haute assemblée en l'élargissant graduellement de voir dévier par ce canal et se concentrer directement en ses mains tout le contentieux de l'Administration. Mais, dès là que le recours prend figure de voie de droit indépendante, que donc il affirme son utilité propre, force est de mettre l'accent sur son originalité, de souligner qu'il ne fait pas double emploi avec les voies de droit déjà existantes ; c'est alors — et d'autant mieux qu'ils sont plus décidés encore à accentuer son orientation du côté de l'irrégularité intrinsèque (515) — que les juges du Conseil prennent une conscience nette de l'ampleur extrême des moyens qu'ils ont accumulés dans la notion d'excès de pouvoir. Ainsi s'introduit la pratique d'une nouvelle irrecevabilité ; et la fonction qui lui est assignée est assez vaste et indécise pour que d'une part elle joue à l'encontre tant de pourvois qui constitutivement n'appartien-

(514) Voy. *supra* n. 68.

(515) *Supra*, n. 88.

nent pas au domaine de l'excès de pouvoir que de pourvois qui, n'était l'utilisation possible d'un doublet du recours, seraient à tous égards recevables, que d'autre part vis-à-vis de ces derniers pourvois son application ne soit pas susceptible d'une définition précise et puisse gagner de proche en proche (516).

ARTICLE 2. — *Un appendice : l'immunité des actes-soutiens*

125. C'est ici un dernier cas où joue la doctrine du renvoi pour recours préétabli. Si nous le considérons à part, c'est à cause de l'attention un peu spéciale qui devait lui être accordée au moment de sa disparition, au début de ce siècle ; c'est surtout parce qu'une idée qui n'était pas prise de la préexistence d'un autre recours a servi à introduire ici l'irrecevabilité et est restée partiellement adhérente à l'idée principale. Pris en lui-même, ce cas ressemble beaucoup à celui du renvoi au juge judiciaire de la défense du droit acquis méconnu : car il consiste dans le renvoi à ce juge des contestations auxquelles donne lieu l'acte administratif qui a servi de base à un contrat, sous prétexte que cet acte ne fait qu'un avec ce contrat ; or un contrat engendre des droits subjectifs et son juge fait figure d'arbitre de droits acquis. La différence — et l'aggravation — par rapport au cas précédent, c'est que les requérants devant le Conseil d'Etat, n'étant pas toujours les co-contractants de l'Administration, ne se verront pas toujours accorder l'accès de son prétoire par le juge auquel ils sont renvoyés ; il est difficile de croire que le Conseil aurait été aussi obstiné dans son attitude s'il avait clairement vu cette particularité ; elle n'en existe pas moins et n'en est pas moins cause qu'il y a ici un élargissement de plus dans l'application du renvoi.

Jusqu'à 1859 (517), l'acte-support avait été protégé contre les recours mettant en jeu sa régularité intrinsèque, mais

(516) On voit que nous ne partageons pas entièrement sur cette question des origines les conclusions auxquelles arrive M. GUILLIEN dans son beau travail. La raison en est que nous ne nous représentons pas de même les circonstances dans lesquelles est intervenu le décret de 1864 et la portée de son intervention : cf. *supra*, n. 68 et 69.

(517) Voy. n. 104.

sans que son immunité offrit la moindre originalité : il était un de ces actes « administratifs » aheurtés à des droits subjectifs, un « acte de tutelle ». A ce moment la barrière de l'acte administratif s'écroule. A partir de 1860 et jusqu'à 1863 au moins le Conseil ne voit donc aucun obstacle à statuer au fond et même à annuler (518). Tout au plus fait-il en une occasion (519), et sans vouloir s'y tenir fermement, un pas du côté où il s'établira, jouant dans une hypothèse curieuse de l'acte « de tutelle administrative » et de l'objection de « cession consommée ». Mais à la fin de 1865 voici qu'une considération le frappe : il condamne régulièrement chez les auteurs des actes qui lui sont déferés le fait d'avoir en retirant un acte antérieur porté atteinte à des droits acquis (520) ; pourquoi se permettrait-il ce qu'il interdit aux autres ? Cette réflexion le décide dans le premier arrêt de la série (521). Mais le terrain sur lequel il va asseoir définitivement son refus d'examen est celui du recours parallèle. Il y est fait discrètement appel à la fin de l'arrêt *Simard* et de nouveau l'année suivante dans un arrêt *Moly* (522). En 1867 enfin c'est cette idée qui monte en pleine lumière : elle seule désormais présidera à la majorité des décisions (523), qui se trouvent ainsi consacrer tardivement la nouvelle forme de recours parallèle. Bien entendu il arrive aux rédacteurs de ces décisions de l'habiller du vêtement de l'« acte de tutelle administrative », s'imaginant peut-être ajouter quelque chose au corps de leur arrêt. Toutefois l'autre idée repaît encore, sinon seule (524), du moins associée à la principale, et la liste se clôt par un arrêt qui invoque cumulativement le respect des droits acquis, la compétence de l'autorité

(518) 4 jl. 60, *Bandy*, R. 520 ; 30 al. 63, *v. de Boulogne*, R. 404.

(519) 26 d. 62, *Périer*, R. 858.

(520) Voy. note 210.

(521) 27 d. 65, *Simard*, R. 1021. Cf. AUCOC, 2^e éd., t. I, n. 299.

(522) 26 mai 66, R. 506.

(523) 9 jv. 67, *Verdier*, R. 17 ; 7 mai 67, *comm. de Saint-Ouen*, R. 434 ; 28 n. 67 *Hurtel*, R. 877 ; 9 al. 68, *Rivolet*, R. 395 ; 12 jv. 70, *Morel*, R. 10 ; 21 jl. 70, *Pourteau*, R. 916.

(524) Voy. cependant 15 al. 68, *Robineau*, R. 411, et concl. AUCOC.

judiciaire et le caractère purement administratif de l'acte attaqué (525-526).

§ 2. — TRAITS EMPRUNTÉS A LA THÉORIE DE L'ACTE

ARTICLE 1. — *Qualité requise de l'acte à attaquer*

126. Mais l'originalité du recours pour excès de pouvoir n'existe pas seulement dans cette affirmation de principe que pose le renvoi pour recours concurrent : elle se développe sur nombre de points de sa théorie, dont deux ont trait à l'acte attaqué.

Le premier point intéressé consiste en la détermination positive de l'acte qui comporte le recours. On sait qu'elle se fait sur deux plans distincts.

Sur le plan matériel, le Conseil n'accueille le pourvoi que s'il est dirigé : 1° contre une décision exécutoire, qui 2° fasse grief à l'intéressé ; il refuse de statuer sur les requêtes qui lui présentent à juger des actes intervenus (au moins logiquement) dans la période d'incubation de la véritable décision ; semblablement, il admet qu'on s'attaque au contrat, parce que lui aussi contient une mesure arrêtée qui fait grief. Telle est la doctrine applicable en matière de recours contentieux en général, et l'on sent tout de suite que l'axe en est formé par la notion de décision. Jadis la décision était l'acte qui emportait chose jugée ; maintenant, après l'abrogation de la théorie de la judicature des administrateurs, à laquelle d'ailleurs le Conseil avait fait plus d'une infidélité, c'est l'acte qu'un sentiment très sûr, mais difficile à exprimer, — celui-là même qui nous guide aujourd'hui, — désigne comme tel. Or telle est aussi la doctrine valable en fait d'excès de pouvoir. Sur ce chapitre le recours s'est entièrement mis à l'alignement : sans doute parce qu' « excès de

(525) 29 ju. 69, *comm. d'Aix-en-Othe*, R. 644 ; 14 at. 71, *Chambrouly*, R. 122 ; 14 at. 71, *Fargeix*, R. 124.

(526) Un arrêt paraît faire exception à la règle, en accueillant le recours d'adjudicataires évincés : 9 ju. 68, *Servat*, R. 12. Mais : 1°) le contrat, semble-t-il, n'avait pas encore été passé, parce que 2°) le recours était dirigé non contre l'approbation de l'adjudication, mais contre le rejet de la réclamation la visant.

pouvoir » n'égale plus « incompétence », il a même perdu ce caractère à demi original d'être recevable à fin de rejet contre les actes préparatoires et les mises en demeure. Pour lui aussi la notion axiale est celle de la décision : c'est un critère de bon sens qui sert à la déterminer et le Conseil déploie tout autant qu'ailleurs une activité diligente et perspicace à mettre de côté tout ce qui est « lettre », « dépêche », « déclaration », tout ce par quoi l'administration n'a pas pris ouvertement position, ne s'est pas prononcé, n'a pas « statué » (527).

Sur le plan formel au contraire, l'attitude du Conseil jure avec celle qui est ordinairement la sienne. M. JULIEN LAFERRIÈRE y a insisté naguère (528) : il n'examine une décision qu'à condition qu'elle revête la forme écrite, il se considère depuis les origines comme un juge de cassation. C'est ainsi que s'explique la règle dont il impose par devers lui l'observation, de la liaison du contentieux par décision préalable : il n'est juge du comportement de l'administration, recouvrerait-il une décision authentique, que si cette décision s'est matérialisée en un acte écrit ; il faut que pour lui la question se pose ainsi : annuler ou ne pas annuler une décision expresse. Or c'est de cette habitude invétérée qu'il ne craint pas de se départir, après 1862, en matière d'excès de pouvoir. Il commence par le faire dans le cas où une autorité, pour opposer un refus à un administré, se retranche derrière le silence. Il a à peine commencé à le faire de son propre mouvement que le décret du 2 novembre 1864, préparé par lui, vient l'y autoriser dans le cas très important pratiquement du silence du ministre sur le recours hiérarchique exercé devant lui. Ce texte est rédigé en des termes neutres qui ne permettent pas de savoir si le silence y est considéré comme cachant une véritable décision, et l'application qu'en fait le Conseil, toute automatique, ne renseigne pas beaucoup plus. Mais que surgisse une hypothèse à laquelle la haute assemblée attache de l'importance : elle ne craint pas

(527) Parmi les arrêts où le souci du Conseil est le plus apparent, voy. : 27 mai 63, *Estienne*, R. 448 ; 29 mars 53, *Giraud*, R. 393 ; 20 mars 62, v. *de Châlons*, R. 234, et concl. L'HÔPITAL.

(528) *Revista Drept Pub.* 1930, in p. 297-335.

de s'évader hors du cercle que l'interprétation exacte du décret imposerait à son action, comme si le silence était de droit soumis à sa juridiction. Avec plus d'hésitation et plus tardivement, la haute juridiction s'en prend au simple agissement administratif. Il est positif, lui, il est avoué : il ne laisse donc pas place au doute sur le contenu de la décision qu'il recèle. Mais réciproquement il tranche encore plus que le silence sur la décision écrite au maniement de laquelle le Conseil est rompu et il ne trahit pas à l'égal du silence la volonté arrêtée de faire échec à la critique contentieuse. Sans le mouvement par lequel il se portait à la rencontre du silence, le Conseil se serait donc peut-être refusé au contrôle de ce que L'HÔPITAL appelle une « voie de fait ». Mais en 1867 son choix est fait et ne se dément plus : ne croit-il pas une fois devoir s'attaquer à un acte matériel d'exécution ?

De cette double attitude, en partie conformiste, en partie novatrice, il importe de donner la description détaillée.

127. Si l'on fait exception pour quelques ultimes décisions aberrantes des premières années (529), l'*acte préparatoire* fait régulièrement obstacle au recours (530). — De même, la *mise en demeure* (531). — De même encore, pour n'avoir valeur que de préparation de la vraie décision exécutoire, l'*instruction administrative* ou plus précisément (car il ne s'agit vingt ans durant que d'elle) l'instruction individuelle adressée par une autorité à une autorité subordonnée (532). — De même enfin, l'*acte d'administration intérieure* : il ne reçoit plus guère, si ce n'est par occasion (533), ce nom, étant plutôt appelé « mesure d'ordre » ou « disposition d'ordre

(529) 22 f. 55, *Hovelt*, R. 164.

(530) 22 jv. 63, *de la Moskowa*, R. 68 ; 7 f. 67, *Burdet*, R. 151 ; 28 al. 69, *v. d'Evreux*, R. 399 ; 8 mai 69, *Lainé*, R. 429 ; 28 jl. 69, *Gandetat*, R. 712 ; 13 mars 72, *Tamelier*, R. 153.

(531) 9 d. 52, *v. de Valenciennes*, R. 590 ; 4 mars 58, *de Colmont*, R. 195 ; 14 jl. 59, *Germain*, R. 487 ; 10 jl. 69, *Pijon*, R. 691.

(532) AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 272 ; DAVID, in *Tamelier* précité, R. 157 ; — et : 19 d. 55, *comm. de Noiron*, R. 758 ; 27 f. 62, *Marais de Moëze*, R. 156 ; 11 mars 62, *comm. de Puteaux*, R. 186 ; 8 f. 64, *Corre*, R. 103 ; 24 jv. 67, *fabrique de Taupont*, R. 94 ; 11 jl. 67, *comm. de Combloux*, R. 635 ; 27 f. 68, *élections d'Alger*, R. 240 ; 5 mai 69, *Voyer*, R. 415 ; 9 f. 70, *comm. de Beaumont*, R. 50. — Cf. sur recours ordinaire : 7 jv. 69, *Laffitte*, R. 27 ; 26 jn. 69, *él. de Sétif*, R. 595.

(533) L'HÔPITAL, in *départ. de la Meuse* (20 at. 64), R. 816.

intérieur », mais il évoque toujours l'initiative qui demeure si cachée au sein des mécanismes administratifs qu'elle échappe évidemment à la prise du juge (534).

Seule donc la décision exécutoire peut faire l'objet d'un recours. Encore faut-il, pour que ce recours soit recevable, qu'elle fasse grief à celui qui le forme. Or tel n'est point le cas de la *décision « en exécution »* ; qu'elle émane (535) ou non (536) de l'auteur de la décision initiale, elle « ne contient aucune disposition nouvelle » : elle est donc en règle (537) inattaquable. — Inattaquable aussi, la *décision confirmative*, du moins quand elle est de l'auteur de l'acte initial (538) ; car la persuasion demeure que, décidée par une autorité supérieure, la confirmation fait grief et les arrêts ne manquent pas, jusque dans leur dispositif, de statuer distinctement sur la régularité de l'une et l'autre décisions déferées (539) ; c'est furtivement que se glissent quelques arrêts qui contiennent l'affirmation de l'avenir : la décision confirmative ne fait jamais grief et n'appelle pas par elle-même le recours (540).

Le caractère *contractuel* d'un acte, enfin, n'exclut pas

(534) 2 s. 62, *Chicard*, R. 727 ; 20 jn. 67, *abbé Roy*, R. 584 ; 7 al. 69, *Conseil général de La Martinique*, R. 319 ; 21 jl. 69, *comm. d'Yseure*, R. 697. — Cf. 12 mai 69, *Watel*, R. 439, et sur recours ordinaire : 28 jl. 52, *Dupuch*, R. 322.

(535) 19 jl. 60, *Port de Bercy*, R. 562 ; 5 jn. 62, *d'Andigné*, R. 467.

(536) 22 al. 58, *Caffin*, R. 331 ; 14 mars 63, *Judith*, R. 254.

(537) Car il y a des exceptions : tantôt la décision initiale est si ancienne que le pourvoi est admis contre la mesure d'application (8 d. 53, *Lemeste*, R. 1025 ; 12 f. 63, *Audebert*, R. 113), tantôt les circonstances de l'espèce font que l'acte d'exécution emporte en réalité grief (22 jv. 63, *Milon*, R. 62 ; 29 jn. 70, *Anthon*, R. 825 ; 8 at. 65, *Marréchal*, R. 758 ; 9 mai 66, *Rouillon*, R. 466, qui se réfère à l'hypothèse de l'application individuelle du règlement antérieur et paraît bien donner le sens de la jurisprudence).

(538) 18 mai 54, *Laffargue*, R. 473 ; 8 d. 59, *Saint-Pierre*, R. 714.

(539) P. ex. : 30 al. 52, *comm. de Sarron*, R. 132 ; 14 at. 52, *Vaudé*, R. 401 ; 7 jv. 58, *Arrachard*, R. 45 ; 19 al. 59, *Marsais*, R. 302 ; 23 mai 61, *Coquard*, R. 412 ; 10 jl. 62, *Molard*, R. 567 ; 25 f. 64, *Lesbats*, R. 209 ; 9 f. 65, *d'Andigné*, R. 171 ; 7 jn. 65, *Lesbats*, R. 624 ; 1^{er} f. 66, *Couillaud*, R. 78 ; 12 al. 66, *Corbière*, R. 368 ; 12 jl. 66, *Follin*, R. 815 ; 21 f. 67, *v. de Montbéliard*, R. 186 ; 9 jv. 68, *Archambaud*, R. 18 ; 29 jn. 69, *Aix-en-Othe*, R. 644 ; 29 jn. 70, *Anthon*, R. 825 ; 8 at. 72, *Laget*, R. 502.

(540) 26 d. 62, *Larbaud*, R. 862 ; 19 mai 65, *Barthélémy*, R. 537 ; 11 jv. 66, *Chabanne*, R. 21 et concl. AUCOC ; 21 mai 67, *Cardeau*, R. 498.

contre lui la possibilité du recours pour excès de pouvoir : nous le verrons plus au long tout à l'heure (541).

Au point de vue formel, le Conseil, mis en présence en 1864 pour la première fois du *silence* qui déguise un refus, n'hésite pas à s'en emparer : le requérant ayant eu l'idée de réitérer sa demande par l'intermédiaire d'un huissier, le Conseil pense avec son commissaire du gouvernement qu'il n'y a pas lieu « de critiquer l'expédient auquel [il] a eu recours pour s'ouvrir les portes du Conseil d'Etat. Les autorités administratives doivent répondre aux réclamations dont elles sont saisies... Il ne saurait appartenir à une autorité inférieure de mettre obstacle, par son silence, à l'exercice » des recours hiérarchique ou contentieux (542). Là-dessus intervient l'article 7 du décret du 2 novembre 1864, qui contient les dispositions suivantes : « Lorsque les ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation au ministère... Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat ». Remarquons que ce texte visait le recours contentieux général ; il n'eût donc pas été impossible que, mettant à profit l'ardeur avec laquelle elle s'employait au développement du recours pour excès de pouvoir, la haute assemblée le considérât comme texte d'exception seulement pour les autres recours. A divers signes, cependant, on croit voir qu'elle étend cette interprétation jusqu'à l'excès de pouvoir : la règle, semble-t-il, est que le silence est inattaquable. D'abord, en effet, alors que la décision confirmative, emportant grief, est examinée en elle-même, les arrêts qui font application de l'article 7 statuent uniquement sur la régularité de la décision initiale : il ouvre, dit un arrêt, un « recours direct » ; le silence du ministre ne fait l'objet d'aucune appréciation : n'est-ce pas dire qu'il ne renferme aucune décision et que, par conséquent, n'était le

(541) N. 140.

(542) 28 jv. 64, *Anglade*, R. 77, et concl. ROBERT.

texte existant, il ne comporterait pas le recours (543) ? Ensuite, l'irrecevabilité est opposée aux requêtes qui engagent le débat tant soit peu à côté du terrain où il a été prévu et autorisé : à celles qui s'en prennent au silence d'une autorité subordonnée sans recours préalable devant le ministre (544), à celle encore qui vise le silence observé par le ministre sur le recours gracieux exercé devant lui contre de siennes décisions trop anciennes pour être attaquables (545). Observons toutefois que l'arrêt *Drouard* a été rendu par la commission provisoire et que les refus d'examiner le silence des autorités inférieures sont opposés en des termes qui donnent à entendre qu'il aurait suffi de déférer ce silence au ministre pour rendre le recours contentieux recevable. Attitude exactement opposée à celle que permet le décret et dont le Conseil avait, de fait, donné au moins un exemple (546). Recouverte d'ordinaire par l'application machinale du nouveau texte, sa persuasion demeure donc que le silence est attaquant. A preuve, la décision qu'impatienté il rend en 1868 contre le préfet de la Seine : sans mentionner le recours hiérarchique préalablement exercé, sans se référer à l'article 7, il censure directement et comme tel le mutisme de cette autorité (547).

Rencontré par lui plus tôt que le silence, le simple *agissement* de l'administration lui paraît d'abord intangible : le requérant, à son sens, a eu le tort de ne lui déférer « aucun arrêté » (548). Puis sa position s'affirme à l'endroit du silence, il écoute peut-être SERRIGNY le gourmander, lui-même fait un pas de ce côté en retenant le pourvoi dirigé contre l'opposition faite par un recteur devant le conseil départemental à l'ouverture d'un établissement secondaire — acte qui, s'il est écrit, ne constitue sûrement pas une décision

(543) 11 jv. 66, *Chabanne*, R. 21 ; 21 mai 67, *Cardeau*, R. 498 ; 15 al. 68, *Robineau*, R. 411 ; 12 mai 69, *Clément*, R. 456 ; 15 mai 69, *Greset*, R. 483 ; 29 jn. 70, *Chapelet*, R. 827 ; 6 mars 72, *Jaumes*, R. 142, — et 11 at. 69, *Pélissier*, R. 780.

(544) 21 mai 67, *Abeille*, R. 510 ; 10 f. 69, *Broutin*, R. 146 ; 6 mars 69, *Hervé*, R. 215.

(545) 19 jl. 72, *Drouard*, R. 437.

(546) 11 jv. 66, *Chabanne*, R. 21, et les concl. d'AUCOC, R. 23, qui ne s'embarrassent pas plus de la rédaction de l'article 7.

(547) 28 jv. 68, *Vogt*, R. 83.

(548) 27 mai 63, *Estienne*, R. 448, et concl. L'HÔPITAL.

exécutoire (549) —, tant et si bien que, mis en 1867 en face de la saisie de l'*Histoire des Princes de Condé*, il ne voit dans le caractère de pur fait de cette saisie aucun motif de douter de la recevabilité de la requête. Cette jurisprudence se maintient par la suite (550) ; elle se renforce même, puisqu'une fois le Conseil se croit en droit de contrôler un acte d'exécution matérielle d'une décision antérieure (551).

ARTICLE 2. — *Irrecevabilité à raison du caractère gouvernemental de l'acte*

128. Le second point original de la théorie de l'acte attaquant se trouve du côté de ce qu'on peut continuer à appeler l'acte de gouvernement.

Parler en effet « d'acte de souveraineté, d'acte de prérogative impériale et d'autorité souveraine, de mesure de police et d'ordre public, de mesure de haute police, d'actes diplomatiques, de [décision prise] en vue d'un intérêt international, d'exercice du pouvoir souverain dans les matières de gouvernement et dans les relations internationales, de questions de gouvernement, de mesure de gouvernement prise dans un intérêt général, de décision prise dans l'exercice des pouvoirs politiques, d'acte politique et de gouvernement », c'est bien toujours vouloir désigner une zone où il faut renoncer à introduire le contentieux à raison de la susceptibilité que manifesterait l'auteur de l'acte, et le terme le meilleur, par sa généralité et sa précision relative, pour évoquer cette zone, c'est encore celui de « gouvernement » (552). — Seulement, si la réaction traduite est toujours la même, les cas dans lesquels les membres du Conseil l'éprou-

(549) SERRIGNY, 2^e éd., 1865, t. I, n. 230 ; 9 d. 64, *Leroy*, R. 976.

(550) 9 mai 67, *duc d'Aumale*, R. 472 ; 18 mai 70, *comm. d'Aubigné*, R. 595. Cf. 12 j. 71, *Thomas*, R. 90.

(551) 1^{er} jn. 70, *Baudelocque*, R. 680.

(552) En ce sens et à ces deux points de vue, la formule de l'arrêt *Héraclidis* (19 mai 64, R. 453) : « Il n'appartiendrait qu'à notre gouvernement de statuer sur... ». Cf. les auteurs qui ne sont pas esclaves d'une conception rigide : DEVAUX, p. 9 ; L'HÔPITAL, in *Gazette de France* (31 mai 66), R. 1033 ; AUCOC, in *Bizet* (13 mars 67), R. 273 ; et surtout : SERRIGNY, 2^e éd., t. I, n. 35 ; FARÉ, in *Courrier* (14 at. 65), R. 822-826.

vent ne sont plus les mêmes : leur nombre s'est notablement restreint. Les arrêts intervenus en matière ordinaire ou de conflits d'une part, en matière d'excès de pouvoir d'autre part le montrent.

Du premier côté, sont jugés gouvernementaux par leur nature : 1° dans l'ordre de la politique extérieure : les faits de guerre terrestre (553) ou maritime (554), — l'interprétation des capitulations (555), — la protection des nationaux en pays étranger et la conduite des négociations diplomatiques (556), — l'exécution des traités (557), notamment leur interprétation (558) et la répartition d'indemnités fixées par arrangements diplomatiques (559), — les modifications inopinées de la réglementation douanière (560) ; — 2° dans l'ordre de la politique intérieure : l'initiative de la présentation d'un projet de loi au Corps Législatif (561), — la désignation de la Guyane pour l'exécution des travaux forcés (562) (encore est-ce en des termes tels qu'on la sent sur le point de dépouiller tout caractère gouvernemental pour apparaître uniquement comme une mesure d'opportunité). — Sont jugés gouvernementaux à cause du motif qui a inspiré leur auteur : l'ordre d'empêcher la publication de certains journaux au moment des Journées de juin (563), — l'interdiction de distiller les céréales et toute autre substance farineuse servant à l'alimentation (564) (encore que les raisons invoquées pour écarter l'idée d'indemnisation ressemblent pour une bonne part à celles qui seraient aujourd'hui mises en avant), — la confiscation de certains biens de la famille d'Orléans (565) (mais à la suite d'une forte pression du nouveau gouvernement, complétée après coup par quelques révocations, celle de REVERCHON en particulier).

(553) 11 mai 54, *Civili*, R. 416 ; 14 d. 54, *Blancard*, R. 978 ; 2 f. 60, *Sagot*, R. 71 ; 19 mai 64, *Héraclidis*, précité ; 19 d. 68, *Barron*, R. 1057 ; 24 jn. 70, *Kieffer*, R. 803. — (554) 26 al. 55, *du Penhoat*, R. 313 ; 18 at. 57, *Calliga*, R. 657. — (555) 6 jl. 54, *Bacri*, R. 618. — (556) 26 al. 55, *du Penhoat*, précité ; 4 jl. 62, *Simon*, R. 531 ; 8 f. 64, *Chevalier*, R. 89 ; 18 n. 69, *Jecker*, R. 890. — (557) 15 jn. 64, *Montaulard*, R. 567. Rpr. 8 d. 53, *Bédier*, R. 1027. — (558) 31 d. 61, *Corso*, R. 936. — (559) 30 al. 67, *Dubois*, R. 421 ; 12 f. 70, *Casaurane*, R. 75. — (560) 29 d. 59, *Rispal*, R. 791. — (561) 12 mars 53, *prince de Wagram*, R. 329. — (562) 24 mai 60, *Bouché*, R. 420. — (563) 5 jv. 55, *Boulé*, R. 18 ; 10 jv. 56, *Dautreville*, R. 28. — (564) 26 f. 57, *Cohen*, R. 167, et concl. BAROCHE. — (565) 18 jn. 52, *Héritiers d'Orléans*, R. 252.

La seconde série confirme et complète l'impression laissée par la première. Sont en effet par elles-mêmes gouvernementales en politique extérieure : la restitution des prises maritimes (566), — l'exécution des traités (567), — leur interprétation (568), — la répartition des indemnités fixées par eux (569), — l'expulsion des Français hors des pays étrangers par les consuls (570). Par conséquent, la liste globale qu'il est possible de dresser, si elle est un peu plus fournie qu'à l'époque antérieure (parce que les espèces ont été plus variées), ne marque pas une réelle extension du domaine gouvernemental : diffère-t-elle beaucoup de celle qu'on dresserait aujourd'hui avec les plus récentes décisions du Conseil ? — En politique intérieure sont gouvernementales : la collation des titres (571), — l'expulsion des étrangers hors de France ; mais, prévue par un texte légal déterminé, elle tend à former une catégorie connue, retenue parmi les actes de gouvernement surtout par le qualificatif d' « acte de police » qu'il est de tradition de lui appliquer (572), — sans doute, s'il faut en croire FARÉ, la suppression des journaux, mais sûrement pas leur suspension (573). L'intéressant, c'est que la liste se clôt ici : n'y figurent plus, sinon la destitution des officiers ministériels (et encore le seul arrêt rendu est-il de la première décade) (574), du moins la révocation des officiers (575) et l'exclusion de la Légion d'Honneur (576) ; de même y manquent les suspensions et dissolutions de conseils municipaux, qui y auraient selon toute vraisemblance été inscrites avant 1852, car un arrêt différent rendu au début de 1872 (et visant d'ailleurs une dissolution) ne paraît pas pouvoir renverser le courant de la jurisprudence (577). En définitive, le champ imparti à l'acte de gouvernement dans l'activité publique intérieure s'est considérablement rétré-

(566) 30 mars 67, *Fusco*, R. 321. — (567) 26 f. 63, *Viton*, R. 176 ; 15 jn. 64, *Montaulard*, précité. — (568) 22 jv. 63, *Milon*, R. 62. — (569) 7 mai 67, *Bide*, R. 445 ; 12 f. 70, *Limantour*, R. 76. — (570) 15 mars 55, *Yombob Lévy*, R. 195. — (571) 28 mars 66, *de Montmorency*, R. 298, et concl. L'HÔPITAL ; 11 at. 66, *Hamilton*, R. 974. — (572) 8 d. 53, *Dame de Solms*, R. 1037 ; 22 jv. 67, *Radziwill*, R. 94. Cf. SERRIGNY, 2^e éd., t. I, n. 28. — (573) 14 at. 65, *Courrier du Dimanche*, R. 822. — (574) 8 al. 58, *Fleury*, R. 280. — (575) Voy. note 204.

(576) Voy. note 174.

(577) 25 jn. 57, *Collard*, R. 507 ; AUCOC, in *Bizet* (13 mars 67), R. 275 ;

ci : le dépôt des projets de lois, l'attribution des titres nobiliaires, telles sont les manifestations solennelles et espacées de cette activité qu'il est encore apte à comprendre, les décisions plus humbles et plus courantes lui sont dorénavant interdites. — Sont enfin gouvernementaux par leur but : le retrait de son brevet à un maître de poste qui avait eu le tort de ne pas s'être « réuni aux hommes d'ordre » lors d'une insurrection (578), — la saisie de l'ouvrage publié par un membre de la famille d'Orléans (579), cette dernière décision accueillie par des commentaires qui la désignent comme n'étant plus de saison (580). Le seul terrain stable qui reste à l'acte de gouvernement défini par son inspiration, ce sont donc les mesures prises par l'autorité légitime en période de crise : cela ne va pas loin et n'est pas menaçant (581).

26 f. 72, *él. de Montpezat*, R. 101 ; 13 mars 72, *Mazet*, R. 152. — (578) 28 jl. 53, *Rat*, R. 822. — (579) 9 mai 67, *duc d'Aumale*, R. 472, et concl. AUCOC.

(580) REVERCHON, *Le Droit*, 19 mai 67 et *Rev. Pratique*, 1867, p. 37 et 38.

(581) Comment dès lors la légende — car c'en est une — de la théorie du mobile s'est-elle accéditée ? Il est parfaitement vrai que DUFOUR a écrit la phrase fameuse : « Ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société, prise en elle-même ou personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis extérieurs ou intérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement ou la mesure de haute police » (3^e éd., t. V, 1868, n. 119). Seulement, il l'avait déjà écrite en 1855 (2^e éd., t. IV, n. 566), en un temps où elle n'était pas beaucoup plus juste ; et son tort est de ne jamais citer que les arrêts qui lui sont favorables, et à peu près uniquement ceux qui ont trait à des mesures de défense du régime existant. Qu'il n'y ait eu là qu'une déformation de la jurisprudence, c'est ce que suffiraient à prouver, sinon le fait qu'aucun autre auteur ne propose la même interprétation, du moins l'accueil réservé fait à l'arrêt *duc d'Aumale* par REVERCHON, qui paraît bien dans les articles précités représenter l'opinion moyenne de ses contemporains, et mieux encore les protestations vigoureuses qu'après 1880 AUCOC devait élever contre les tentatives faites pour asseoir la doctrine du mobile sur les décisions du Conseil et la présentation qu'en donnaient les *Conférences* (*Rev. Cr.* 1883, p. 266 et 268 ; 3^e éd. t. I, 1885, n. 289 ; *Rev. Cr.* 1888, p. 695). Et ce que suggèrent les lignes d'AUCOC, c'est que cette doctrine, recevant cette fois une large diffusion, venait d'acquiescer la faveur des milieux politiques de la III^e République : les hommes au pouvoir étaient heureux de l'avoir à leur disposition pour lutter contre les anciennes familles, les opposants s'attristaient de voir la haute juridiction couvrir de son autorité d'authentiques injustices ; et si tous invoquaient la jurisprudence du Conseil, c'est que tous, à notre avis, s'en reposaient pour la connaître sur DUFOUR, avocat en renom et auteur d'une lecture aisée.

129. Telle étant la zone assignée au « gouvernement », le veto qu'il oppose aux investigations du contentieux n'est pas le même en matière ordinaire et en matière d'excès de pouvoir : absolu là, il n'est que relatif ici. Certes la grande majorité des arrêts, en invoquant l'acte de gouvernement en notre matière dressent une fin de non-recevoir devant la requête (582) : mais c'est que le plus souvent celle-ci est assortie de moyens tirés du fond. Lorsqu'au contraire elle se limite à la question formelle de *compétence*, audience lui est accordée ; bien mieux : comme pour marquer son sentiment, le Conseil entre de lui-même dans l'examen de cette question en plusieurs cas où elle ne lui était point posée. Rien d'ailleurs ne permet de suspecter sa sincérité : s'il n'a jamais prononcé d'annulation, c'est que jamais il n'a eu occasion de le faire (583-584). — Voilà, en même temps qu'un nouveau trait par où le recours pour excès de pouvoir se distingue des autres, un témoignage sûr du cas qu'en font les juges du Conseil et de l'audace (inconcevable, s'ils ne se tenaient pour participants de la puissance administrative du chef de l'Etat) avec laquelle ils le manient : ils ne laissent au gouvernement que le minimum irréductible de liberté. N'est-il pas symptomatique d'ailleurs que, mis à part comme précurseur l'arrêt *de Solms*, toute cette jurisprudence se développe après 1862 ?

§ 3. — TRAITS PAR LESQUELS SE MARQUE LE CARACTÈRE OBJECTIF DU RECOURS

Mais là où éclate l'originalité de la théorie du recours,

(582) Il n'y a qu'une exception : l'arrêt *Radziwill* ; la raison en est que le gouvernement lui-même n'avait pas vu d'inconvénient à instituer le débat sur la question de violation de la loi. S'il est une matière où il ne faut pas être plus royaliste que le roi, c'est bien la présente.

(583) Voy. les arrêts *de Solms*, *Viton*, *Montaulard*, *Hamilton* et *Limantour*.

(584) A lire les arrêts *Courrier du Dimanche* et surtout (car le précédent ne paraît pas incliner vers la qualification d'acte gouvernemental) *Hamilton*, on se demande même si le Conseil n'était pas disposé à ouvrir également la porte aux discours de violation des formes.

c'est dans le caractère « objectif », comme nous disons aujourd'hui, dont elle est désormais pourvue.

ARTICLE 1. — *Traits empruntés à la théorie de l'acte*

130. Ce caractère apparaît d'abord dans la théorie de l'acte, où il s'était déjà montré précédemment.

L'acte réglementaire en effet était déjà attaquable quand s'ouvre notre période. Ce trait a d'autant plus de raison de subsister que l'empêchement au recours, — l'exigence pour qu'il soit ouvert d'une décision « contentieuse », — a ici disparu et que les recours ordinaires pourraient être eux-mêmes accueillis. Cependant l'on ne voit pas bien comment ce litige individuel, cette prétention de caractère ordinairement pécuniaire qui constituent le fond du contentieux commun pourraient s'élever à l'occasion d'un règlement. Pratiquement donc, l'exercice du recours contre les règlements demeure une particularité de l'excès de pouvoir (585). — Il arrive bien, même en cette matière, que des réclamants n'aient pas l'intérêt requis pour se pourvoir (586). Mais cela est l'infime exception. La recevabilité de notre recours contre le règlement ne fait aucun doute en thèse (587), et en fait les occasions ne manquent pas où il est reçu soit contre les décisions qui s'appliquent à une collection d'individus, mais en les visant nominativement chacun (décisions qui constituent bien plutôt une pluralité d'actes individuels qu'un acte réglementaire) (588), soit contre les décisions mixtes, générales par une face, particulières par l'autre (ainsi, celle

(585) Le déplacement de la question se laisse deviner à la seule lecture des auteurs, quand du moins on les rapproche de leurs devanciers : BOUCHENÉ-LEFER, *Principes*, p. 61 et 624 ; SERRIGNY, 2^e éd., t. I, n. 229 ; DUFOUR, 3^e éd., t. I, n. 69.

(586) 15 d. 53, *Biennais*, R. 1075 ; 22 d. 59, *Blanc*, R. 775 ; 30 jl. 63, *Didier*, R. 626. — Il peut arriver aussi, mais cela est moins grave encore, qu'un pourvoi soit irrecevable à raison de sa tardiveté ou de la présence d'un recours parallèle : 19 mai 65, *Barthélemy*, R. 537 ; 28 f. 66, *Lavenant*, R. 175 ; 4 f. 69, *Boul. de Montluçon*, R. 94 ; 15 mai 69, *Petite-Synthe*, R. 469.

(587) ROBERT, in *Acad. des Beaux-Arts* (21 jl. 64), R. 682 ; DE BELBEUF, in *Petite-Synthe* précité, R. 470.

(588) 8 al. 52, *de-Lascours*, R. 89 ; 8 al. 58, *Délas*, R. 277 ; 16 d. 58, *Collas*, R. 720 ; 12 f. 63, *Audebert*, R. 113 ; 19 mai 65, *Daire*, R. 547 ; 12 al. 66, *Corbière*, R. 368 ; 20 jl. 67, *Trône*, R. 689.

qui enlève à une Académie le jugement des prix de Rome (589), soit enfin contre les décisions indubitablement générales et réglementaires (590).

131. Une deuxième marque d'objectivité s'ajoute maintenant à celle-là : s'il faut en croire des porte-paroles autorisés du Conseil, l'acte attaqué est obligatoirement un acte de puissance publique (591).

A vrai dire, la consultation des arrêts n'autorise pas une pareille affirmation. Car, à ne prendre que les arrêts postérieurs à 1860, c'est-à-dire à la date où la distinction des catégories de la puissance publique et de la gestion semble s'être implantée en doctrine et avoir agi sur la jurisprudence, on a affaire à des baux (592), à des ordonnancements de dépenses (593), à des amodiations de biens communaux (594), à des concessions de pensions (595), à des acceptations d'offres de concours (596), à des rétrocessions de terrains après expropriation (597), à des homologations de transactions (598), à des résiliations de baux (599), à des déterminations du mode de paiement d'un immeuble (600), à des refus de traitement (601), tous actes dont la qualification ne paraît pas douteuse. Il y a bien des actes de gestion dont le Conseil ne veut pas aborder l'examen (602), mais c'est à cause du recours parallèle qu'ils font naître. L'interprétation la plus correcte

(589) Examen du côté individuel : 21 jl. 64, *Acad. des Beaux-Arts*, R. 680. — Examens du côté réglementaire : 30 al. 63, *v. de Boulogne* (ou *Bourgeois*), R. 404 ; 20 at. 64, *gare de la Guillotière* (ou *Mesmer*), R. 828 ; 2 at. 70, *Bouchardon*, R. 970.

(590) 22 al. 58, *Levassor*, R. 325 ; 19 mai 58, *Vernes*, R. 399 ; 22 s. 59, *Corbin*, R. 651 ; 14 at. 65, *hab. de Richelieu*, R. 797 ; 9 mai 66, *Rouillon*, R. 466 ; 30 mars 67, *Carbillers et Grillou* (2 arrêts), R. 315 ; 30 mars 67, *Leneveu*, R. 316 ; 25 mai 70, *Lesage*, R. 631 ; 27 jl. 70, *Cretée*, R. 966.

(591) AUCOC, in *Pharmaciens de Strasbourg* (10 jl. 69), R. 683, et *des Recours...*, p. 12 et 13 ; DAVID, in *Tamelier* (13 mars 72), R. 157.

(592) 30 al. 63, *v. de Boulogne*, R. 404. — (593) 27 mai 63, *Pensa*, R. 456 ; 26 jn. 69, *Pébernard*, R. 620 ; 7 f. 67, *comm. de Saint-Denis*, R. 152 ; 16 f. 70, *Delaubier*, R. 98. — (594) 28 jv. 65, *section de Dinay*, R. 129. — (595) 29 at. 65, *départ. de la Meurthe*, R. 884 ; 11 jv. 66, *Haute-Marne*, R. 19 ; 28 mai 68, *Gougeon*, R. 603 ; 7 al. 69, *v. de Nîmes*, R. 326. — (596) 13 mars 67, *Devaux*, R. 258. — (597) 21 mai 67, *Abeille*, R. 510. — (598) 15 al. 68, *Robineau*, R. 411. — (599) 30 al. 68, *Richard*, R. 503. — (600) 29 jn. 69, *Aix-en-Othe*, R. 644. — (601) 11 al. 72, *Morin*, R. 217.

(602) 29 mai 67, *pont de Cournon*, R. 537 ; 9 jv. 68, *de Chastaignier*, R. 5 ; 7 d. 70, *comm. de Villeneuve*, R. 1092.

semble donc être que l'acte de gestion n'était pas écarté pour lui-même, mais dans la mesure où le Conseil croyait devoir faire jouer l'exception de recours parallèle (et l'on sait, d'une part qu'en aucune matière il n'en faisait une application constante, d'autre part qu'il n'en usait jamais pour se renvoyer à lui-même les affaires dont il pouvait être saisi par une autre voie).

Une jurisprudence pourtant est révélatrice de son sentiment intime : celle qui s'institua en matière de condamnation aux dépens. Rompant avec la tradition qui s'était instaurée depuis les origines (sauf une interruption passagère, de la loi du 3 mars 1849 à la réorganisation de 1852), le décret de 1864 contient en son article 2 cette disposition : « Les articles 130 et 131 du Code de procédure civile sont applicables dans les contestations où l'administration agit comme représentant le domaine de l'Etat et dans celles qui sont relatives soit aux marchés de fournitures soit à l'exécution des travaux publics, aux cas prévus par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ». Au lieu de s'en tenir à une application littérale de ce texte, la haute assemblée élargit le champ des condamnations aux frais jusqu'aux limites de la gestion (603). En prononcera-t-elle au profit des requérants en excès de pouvoir (604) ? Ses décisions affirment qu'elle ne peut pas le faire ; la plupart du temps, c'est en arguant sans autre explication de l'inapplicabilité du décret de 64 (605), mais il advient qu'elle soit plus explicite : deux fois elle s'appuie sur le caractère d'acte de police de la mesure qui lui est déférée (606) et dans une espèce *Quillet* elle avance en termes généraux que les dispositions du décret « ne sont pas applicables aux cas où l'administration agit comme exerçant la puissance publique » (607). Par avance

(603) C'est ce que suggère la lecture des Tables du Recueil et ce qu'affirme AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 368. Cf. *infra* *Quillet*.

(604) Qui, vu la dispense de l'avocat et des droits de greffe, ne sauraient évidemment réclamer que les frais de timbre et d'enregistrement : 23 n. 65, *Vivenot*, R. 933.

(605) 29 at. 65, *Larbaud*, R. 881 ; 8 mars 66, *Trône*, R. 242 ; 17 jv. 67, *Fosse*, R. 70 ; 24 jv. 67, *Carmoy*, R. 108 ; 20 jl. 67, *Trône*, R. 689 ; 8 f. 68, *Jousseau*, R. 137 ; 30 al. 68, *Desauges*, R. 504 ; 22 d. 69, *Consistoire de Caen*, R. 1012 ; 2 at. 70, *Bouchardon*, R. 970.

(606) 29 jn. 70, *Anthou*, R. 825 ; 27 jl. 70, *Cretée*, R. 966.

(607) 13 at. 67, R. 753.

d'ailleurs, ROBERT en avait donné la raison : opposant la situation qu'un ministre occupe devant le Conseil lorsqu'il apparaît comme administrateur gérant du domaine privé ou d'un service public à celle qui est la sienne en face d'un recours pour excès de pouvoir, il avait observé qu'ici il « n'est ni une partie ni un plaideur. L'intérêt gouvernemental qu'il défend s'élève au-dessus de celui qui s'attache à une condamnation pécuniaire évitée ou obtenue... Il ne soutient pas un procès dans le vrai sens du mot ». Un arrêt de 1849 n'avait-il pas d'un mot impliqué, à la généralité près, les mêmes réflexions en répondant au demandeur en dépens que l'auteur de l'acte qu'il annulait pour excès de pouvoir n'était pas « partie dans l'instance » (608) ?

La persuasion des juges du Conseil n'est donc pas niable : ils croyaient que le recours à l'édification duquel ils se consacraient n'était fait que pour les actes d'autorité ; et cette croyance n'est pas sans se refléter dans les arrêts qui excluent des actes de gestion (609). Or par l'acte d'autorité Administration et administré ne sont point placés dans ces rapports d'égalité étroits et personnels qui caractérisent la gestion ou le commerce juridique. La conviction des juges est donc un trait propre à confirmer l'objectivité du recours. — Maintenant, il reste vrai que l'objectivité n'est pas de ce côté aussi prononcée qu'ils le laisseraient croire : ils retenaient les recours dirigés contre un acte de gestion dès là qu'ils ne posaient qu'une question d'annulation et ne réclamaient pas la détermination des droits réciproques ; et lorsqu'ils avaient annulé un tel acte, ils avaient la sagesse de faire droit à la demande de dépens qui leur avait été présentée (610).

ARTICLE 2. — *Qualité du requérant*

132. C'est ici un second chapitre où l'objectivité croît. Les forces qui entrent en composition ne sont pas mystérieuses : d'un côté, la persuasion qu'une instance en justice ne sau-

(608) ROBERT, *in v. de Ham* (16 d. 63), R. 812 ; 11 at. 49, de Chastelus, R. 499.

(609) Cf. n. 422 *in initio*.

(610) 19 f. 68 Deslandes, R. 170.

rait être organisée qu'au profit d'un droit acquis (611) ; de l'autre, l'adoption de la « théorie de la régulation » : avec elle, on aboutit aisément à fermer les yeux sur la qualité du requérant du moment que son pourvoi permet d'atteindre la fin poursuivie, et, lorsqu'à cette fin est conférée une valeur politique, lorsque le recours pour excès de pouvoir est comparé au droit de pétition, on ne doit pas se montrer plus exigeant que pour le dépôt d'une réclamation au Sénat. La résultante est la prise en considération d'un intérêt qui ne mérite plus d'être appelé « individuel », mais dont le caractère relativement étroit peut être évoqué par l'expression d'intérêt *direct et personnel* ; entendons que pour former recours il faut justifier poursuivre dans l'annulation de l'acte un avantage propre, égoïste, si l'on peut dire, et non point cet avantage de type désintéressé ou altruiste, puisque tout le monde en tire profit, qui consiste dans le règne de la justice : telle est la part faite à l'influence de la doctrine du droit acquis (612). Toutefois, si c'est là la position centrale qu'il occupe, le Conseil ne s'interdit pas à l'occasion, mais irrégulièrement, d'en déborder très largement les frontières et (mieux encore) de s'installer finalement à demeure dans la zone la plus proche de ces frontières : par là, il fait quelque emprunt à une doctrine qu'il semble avoir rigoureusement bannie par la suite, celle de l'intérêt personnel au sens où nous l'entendons aujourd'hui. Prise dans son ensemble, sa doctrine (si c'en est une, car il agit ici tout instinctivement) marque donc un éloignement croissant pour la théorie du droit subjectif et, en ce sens, un progrès certain dans le sens de l'objectivité.

133. Considérons en effet les diverses catégories de re-

(611) Elle demeure ancrée dans les esprits : voy. p. ex. AUCOC, *in. v. de Marseille* (14 jv. 65), R. 58.

(612) Dans la synthèse de la jurisprudence qu'il tente en 1864 (*in Acad. des Beaux-Arts* [21 jl.], R. 681-685), ROBERT parle d'« intérêt individuel et privé », d'« intérêt ayant à un degré quelconque ce caractère privatif et personnel qui apparaît au plus haut point dans le droit de propriété », et il oppose cet intérêt à l'« intérêt général », à celui de « membre du corps social ». — Cf. L'HÔPITAL, *in Couppe* (30 mai 61), R. 453-454, et *in Gazette* (31 mai 66), R. 1033 ; DE BELBEUF, *in Ridel* (19 d. 68), R. 1054 ; et ces arrêts pris aux deux extrémités de la période : 1^{re} d. 52, *de Fleury*, R. 555, — 11 at. 69, *de Dampierre*, R. 791.

quérants, en opérant concentriquement, à partir de ceux qui ressemblent le plus aux titulaires de droits subjectifs. Tant que nous restons sur le terrain de l'intérêt « individuel et privé », la recevabilité est constante.

En bénéficient : la partie désavantagée qui s'attaque à la décision qui a pris parti entre elle et un autre administré (613), — le destinataire de l'acte individuel (pratiquement, c'est lui qui fournit le plus gros contingent d'arrêts) (614), — celui qui, sans être le destinataire de l'acte, a cependant été nécessairement compris dans les prévisions de son auteur (ainsi, des conseillers municipaux vis-à-vis de l'arrêté qui suspend l'assemblée, les riverains d'une plage en face d'un arrêté sur la police des bains de mer, le transporteur qui s'en prend à la décision ayant, sous couleur de règlement, organisé un monopole au profit de son concurrent) (615), — celui qui se trouve très prochainement atteint par l'acte, encore que son auteur n'ait pas forcément songé à lui (telle, une ville qui acquittera, à défaut d'une caisse de retraites, la pension que l'acte attaqué liquide ; tels, les héritiers qui déferent l'autorisation d'accepter la libéralité faite par leur auteur ; tel, le soumissionnaire non agréé) (616), — les membres du groupe humain touché par la déci-

(613) 20 mars 52, *Marthiens*, R. 35 ; 28 jl. 59, *gaz de St-Quentin*, R. 532 ; 27 f. 62, *Gougis*, R. 149 ; 1^{er} f. 66, *Couillaud*, R. 78 ; 25 mars 67, *Groschat*, R. 295 ; etc. — (614) 8 al. 52, *de Lascours*, R. 89 ; 6 jl. 54, *Naudin*, R. 624 ; 10 jl. 62, *Molard*, R. 567 ; 12 f. 63, *Audebert*, R. 113 ; 23 jv. 64, *Petit-Colas*, R. 50 ; 22 mars 66, *comm. de Combloux*, R. 277 ; 13 d. 66, *Coicaud*, R. 1152 ; 22 jv. 67, *Radziwill*, R. 94 ; 21 f. 67, *v. de Montbéliard*, R. 186 ; 20 jl. 67, *Trône*, R. 689 ; 18 mars 68, *Dubur*, R. 316 ; 30 al. 68, *Desauges*, R. 504 ; 24 f. 70, *Doizi*, R. 168 ; 21 jl. 70, *Lemaire*, R. 935 ; etc...

(615) 4 al. 56, *Rivière*, R. 255 ; 25 jn. 57, *Collard*, R. 507 ; 19 mai 58, *Vernes*, R. 399 ; 11 at. 59, *comm. de Saujon*, R. 563 ; 4 jl. 60, *Bandy*, R. 520 ; 4 al. 61, *Gourraud*, R. 236 ; 28 n. 61, *comm. de Void*, R. 839 ; 30 al. 63, *v. de Boulogne*, R. 404 ; 27 mai 63, *fabrique de Blensasque*, R. 458 ; 10 mars 64, *Darnaud*, R. 230 ; 14 at. 65, *v. de Paris*, R. 805 ; 8 mars 66, *Conseil général de la Martinique*, R. 219 ; 20 f. 68, *bouchers de Paris*, R. 193 ; 22 d. 69, *église réformée de Caen*, R. 1012 ; 2 at. 70, *Boucharдон*, R. 970. — (616) 24 jv. 56, *Dentzet*, R. 61 ; 18 at. 56, *de Meillac*, R. 532 ; 22 jv. 57, *Brunet*, R. 68 ; 23 mai 61, *Coquard*, R. 412 ; 30 mai 61, *Rouvin*, R. 454 ; 20 mars 62, *v. de Châlons*, R. 234 ; 27 mai 63, *Estienne*, R. 448 ; 7 jv. 64, *Amiel*, R. 10 ; 22 mars 66, *comm. de Combloux*, précité ; 10 jv. 67, *Lucazeau*, R. 33 ; 21 mai 67, *Cardeau*, R. 498. Pour le soumissionnaire : 22 jv. 57, *Cie de Truffy*, R. 66 ; 9 jv. 68, *Servat*, R. 12 et concl. *Aucoc* ; 16 f. 70, *Mangane*, R. 106 (qui est dubitatif) ;

sion (617), — et tout un lot de requérants qui, tout en étant très personnellement intéressés, se situent à la limite de notre zone et auxquels on ne saurait assigner de catégorie : non point, en 1853, pour s'en prendre à une ordonnance de police de deux rus, des propriétaires riverains de l'un d'eux (618), mais contre un tarif d'octroi des marchands bouchers (619), contre un décret constitutif d'association syndicale des imposés aux taxes établies à son profit (620), contre une nomination de notaire un des cinq autres notaires du canton (621), contre une élection de doyen de compagnie notariale des notaires en résidence dans la partie de la circonscription qui avait été tenue à l'écart alors qu'elle renfermait le véritable doyen (622), contre l'approbation du budget d'un collège tel qu'il avait été voté par une commission municipale provisoire le conseil municipal rétabli dans ses fonctions ou contre la nomination du maire les conseillers municipaux qui auraient pu prétendre l'être (623), contre l'organisation d'un hospice fondé au moyen du legs fait au maire et au conseil presbytéral réformé le maire et le curé en tant que « membres du bureau de bienfaisance » (624), contre la restriction du service d'une gare des industriels habitants du quartier qu'elle dessert (625), contre le refus du ministre d'imposer à la compagnie de l'Ouest un nouveau type d'appareils fumivores un blanchisseur demeurant dans l'Orne (626).

134. Tournons-nous au contraire du côté des requérants qui veulent prendre en mains les intérêts généraux : la non-recevabilité devient la règle.

Certes elle n'est pas opposée — et c'est ici l'exception — aux conseillers municipaux ou généraux qui attaquent *ut singuli*

16 f. 70, *Balmier*, R. 108. — (617) 6 mai 58, *Grisel*, R. 348 ; 30 jn. 59, *Tripriers de Lyon*, R. 453 ; 22 s. 59, *Corbin*, R. 651 ; 19 mai 65, *Barthélemy*, R. 537 ; 28 f. 66, *Lavenant*, R. 175 ; 9 mai 66, *Rouillon*, R. 466 ; 30 mars 67, *Grillou et Carbillers* (2 arrêts), R. 315 ; 4 f. 69, *Boul. de Montluçon*, R. 94.

(618) 15 d. 53, *Biennais*, R. 1075. — (619) 18 mai 54, *Laffargue*, R. 473. — (620) 23 f. 61, *Dubuc*, R. 134. — (621) 7 jl. 63, *Bonnet*, R. 526. — (622) 28 mai 68, *notaires de la Seine*, R. 601. — (623) 12 mai 53, *v. de Brioude*, R. 519 ; 20 jn. 67, *Miquel*, R. 582. — (624) 21 jn. 66, *Bureau de Bienfaisance de Vallon*, R. 703. — (625) 20 at. 64, *gare de la Guilloitière*, R. 828. — (626) 30 mars 70, *Edet*, R. 381.

une mesure de tutelle (627) (et encore y a-t-il une décision discordante (628), non plus (du moins dans le dernier état de la jurisprudence) qu'aux plus imposés au titre des contributions directes (629). — Mais elle se dresse devant le *propriétaire*, car, s'il est des arrêts d'une interprétation incertaine (630), d'autres qui l'admettent (parce qu'ils le touchent personnellement) à contester l'agrandissement ou le transfert des cimetières (631) ou l'établissement d'impôts sur un territoire déterminé où est situé son bien (632), d'autres enfin qui l'accueillent en son nom propre (633), ceux qui paraissent représenter la pensée réfléchie du Conseil l'écartent (634), — devant le *contribuable* (635), — devant l'*électeur*, car il peut s'élever contre les sectionnements électoraux, étant alors membre du groupe visé (636), mais hors de là il est sans qualité, exhibant un titre désormais beaucoup trop commun (637), — devant le simple *habitant*, car son pourvoi, tel celui du propriétaire, est reçu lorsqu'il jouit par rapport à l'acte d'une situation spéciale (638) ou même, et dans un nombre respectable d'espèces, lorsqu'il n'a à invoquer que son domicile (639), mais alors il paraît bien être en principe exclu (640).

ARTICLE 3. — *L'instance en excès de pouvoir*

135. C'est dans sa structure que doit culminer le caractère

(627) 29 d. 58, *Lefrançois*, R. 768 ; 26 mai 66, *Moly*, R. 506 ; 29 jn. 70, *Anthon*, R. 825 ; 8 at. 72, *Laget*, R. 502. — (628) 15 jv. 68, *Ruby*, R. 19. — (629) 7 mai 67, *St-Jean d'Angély*, R. 433 ; 25 al. 68, *Pannier*, R. 485. *Contra* : 30 mai 61, *Couppé*, R. 452. — (630) 7 jv. 58, *Arrachard*, R. 45 ; 26 mai 66, *Moly*, R. 506 ; 9 jv. 67, *Verdier*, R. 17. — (631) 10 jv. 56, *Renout*, R. 25 ; 12 jl. 60, *Bayne*, R. 533 ; 4 al. 61, *Bichard*, R. 235 ; 28 mai 66, *Blondeau*, R. 519. — (632) 28 d. 54, *Rousset*, R. 1030 ; 15 mai 69, *Petite-Synthe*, R. 469 et concl. DE BELBEUF. — (633) 4 al. 56, *Rivière*, R. 255 ; 5 mai 59, *comm. d'Avensan*, R. 339 ; 30 mars 67, *Leneveu*, R. 316 ; 18 jn. 68, *Jousnet*, R. 684. — (634) 12 f. 63, *Grelleau*, R. 107 ; 28 jv. 64, *Hachard*, R. 87. — (635) 1^{er} s. 60, *Lallemant*, R. 691 ; 26 mai 66, *Moly*, R. 506 ; 15 jv. 68, *Ruby*, précité ; 20 f. 68, *Barba*, R. 187 ; 21 jl. 70, *Pourteau*, R. 916. — (636) 6 at. 61, *él. de Tocqueville*, R. 677 ; 4 jl. 62, *él. d'Haget*, R. 537. — (637) 22 at. 53, *Warnier*, R. 834 ; 19 jl. 66, *él. de Chaillé*, R. 863 ; 26 f. 72, *él. de Montpezat*, R. 101. — (638) 8 al. 58, *Délas*, R. 277 ; 4 jl. 60, *Bandy*, R. 520 ; 14 at. 65, *hab. de Richelieu*, R. 797 et concl. AUCOC ; 15 al. 68, *Robineau*, R. 411 ; 19 jl. 72, *Drouard*, R. 437. — (639) 22 al. 58, *Levassor*, R. 325 ; 29 jn. 69, *Aix-en-Othe*, R. 644 ; 23 f. 70, *Fournier*, R. 138 ; 1^{er} jn. 70, *Baudetocque*, R. 680 ; 29 jn. 70, *Anthon*, R. 825. — (640) 15 jv. 68, *Ruby*, précité.

objectif pris par le recours. Deux faits, l'un antérieur à 1860, l'autre postérieur, et que nous connaissons déjà, autorisent à le présager. Dès le début, c'est l'éviction de la théorie des prétendues décisions « contentieuses » des administrateurs (641). La réponse de l'Administration à la communication qui lui est donnée du pourvoi doit dès alors perdre son caractère de défense, puisque ce caractère reposait sur elle et qu'au surplus il n'avait été affirmé qu'après coup et pour la symétrie ; la valeur des observations présentées par celui qu'a avantagé le pseudo-jugement administratif ne peut qu'en être intéreusement ébranlée, mais le pli est pris depuis si longtemps de traiter ces observations comme des défenses et le Conseil doit considérer comme si nécessaire à une instance judiciaire la présence d'un défendeur qu'il n'est pas impossible qu'elles continuent à faire figure de défenses et qu'elles aient ce privilège parmi toutes les observations produites à l'appui de l'acte. Après 1860, c'est la transposition du recours sur le plan politique, l'analogie établie entre lui et le droit de pétition (642) : il en résulte pour les observations de l'Administration l'impossibilité de recouvrer le moindre caractère de conclusions déposées par le plaideur adverse du requérant (643) ; sur la scène judiciaire les deux protagonistes sont le requérant et l'acte qu'il défère, celui-ci pouvant être un règlement, celui-là pouvant se recruter dans une de ces larges catégories où le recours antagoniste d'un adversaire personnel ne se conçoit pas : les personnes qui pourraient en outre être admises par le juge ne sauraient donc l'être qu'à titre d'intervenants et c'est la seule qualité qui puisse être reconnue à ceux-là mêmes qui apparaissaient naguère comme défendeurs. — L'examen des arrêts confirme entièrement ces réflexions.

Si en 1852 les observations de ministres apparaissent encore comme des conclusions (644) et si de 1853 à 1856 leur signification ne ressort pas toujours clairement (645), c'est dès

(641) N. 71.

(642) N. 65.

(643) Cf. ROBERT, *in v. de Ham* (16 d. 63), R. 812.

(644) 5 mars 52, *Bocage*, R. 27 ; 13 at. 52, *Lasaigne*, R. 373.

(645) 30 jn. 53, *de Blois*, R. 660 ; 10 jv. 56, *Renout*, R. 25 ; 24 jv. 56, *Durançole*, R. 69.

1853 en principe qu'elles dépouillent tout caractère de conclusions en défense : il arrive que par elles le ministre « déclare s'en rapporter à justice » ou même souhaite « qu'il soit fait droit au recours », L'HÔPITAL parle dans une affaire des « trois ministres consultés sur le mérite du pourvoi », et les arrêts eux-mêmes visent « les observations du ministre..., par lesquelles il estime que... » ou « par lesquelles il exprime ou émet l'avis que... (646) ». ROBERT exprime donc bien la doctrine de son temps lorsqu'il dit (647) : « Défendant le maintien d'actes attaqués pour excès de pouvoir, ...l'Etat n'est ni une partie ni un plaideur... Quant au ministre qui combat un recours pour excès de pouvoir, il ne soutient pas un procès dans le vrai sens du mot ». — Un trait par où se complète l'abolition des anciennes pratiques, c'est la raréfaction croissante (au point que dans la dernière décade elles ne s'observent presque plus) (648) des communications du pourvoi à d'autres autorités que les ministres : du moment en effet que la réponse demandée ne valait plus comme défense, il n'était plus requis de la solliciter de l'auteur même de l'acte et la centralisation (que le Conseil jugeait sans doute opportune) entre les mains des ministres du soin de défendre les décisions de toute l'Administration devenait permise.

136. Touchant les autres défenseurs que l'instance en excès de pouvoir connaissait jusqu'ici, et que continuent à désigner une ordonnance de soit-communiqué, la présentation d'un mémoire en défense ou une condamnation aux dépens, deux périodes doivent être distinguées. Dans les dix premières années, sensible comme il le reste à l'analogie existant entre la décision anciennement « contentieuse » et

(646) 6 jv. 53, *Audiard*, R. 38 ; 13 jv. 53, *Barrau*, R. 119 ; 17 f. 53, *Piédavant*, R. 228 ; 29 mars 53, *Giraud*, R. 393 ; 7 jl. 53, *hosp. d'Amiens*, R. 687 ; 8 d. 53, *de Solms*, R. 1037 ; 2 jn. 59, *Gosse*, R. 400 ; 11 at. 59, *comm. de Saujon*, R. 563 ; 13 jn. 60, *Bouillant-Dupont*, R. 459 ; 12 jl. 60, *Bayne*, R. 533 ; 10 jl. 62, *Molard*, R. 567 ; 22 jv. 63, *de la Moskowa*, R. 68 ; 27 mai 63, *Drillet*, R. 470 et concl. L'HÔPITAL ; 21 f. 67, *v. de Montbéliard*, R. 186 ; 16 f. 70, *Mangane*, R. 106 ; 29 jn. 70, *Chapelet*, R. 827.

(647) *Ubi supra*.

(648) Voy. toutefois : 21 f. 67, *v. de Montbéliard*, précité ; 23 mars 72, *Gautreau*, R. 185.

une vraie décision de justice (649), le Conseil n'admet comme défendeur que le bénéficiaire de cette sorte de décision (650) ; mais en ce cas c'est avec sincérité qu'il se laisse dire : « Messieurs, l'affaire est entre parties » (651). Dans les dix dernières années, les défendeurs continuent à se recruter de ce côté (652) ; mais, accentuant progressivement un mouvement qu'il avait déjà esquissé, le juge se met à en accueillir bien d'autres : celui qui, quoiqu'elle n'eût pu être traitée de contentieuse, a tiré profit de la décision attaquée (ainsi, le bénéficiaire d'une nomination, d'une décision de vérification des pouvoirs ou d'un legs dont l'acceptation a été autorisée) (653), celui que, sans le nommer, la décision entreprise avantage directement (tel, un médecin inspecteur à propos de la mise en recouvrement sur les propriétaires d'eaux minérales de la taxe pour frais d'inspection) (654), la personne administrative en faveur de qui l'acte attaqué a établi un impôt ou une taxe (655), — bref, tous ceux qui ont intérêt au maintien de l'acte. Elargie à ces dimensions, la classe des défendeurs perd évidemment sa consistance ; ce n'est plus de défendeurs, mais de simples défenseurs de l'acte qu'elle se compose désormais, et, pour avoir lieu plus souvent, leur venue à l'instance ne se comprend pas autrement qu'aujourd'hui (656).

(649) Voy. 4 al. 56, *Fournet*, R. 262, et plus tard encore *L'HÔPITAL, in v. de Châlons* (20 mars 62), R. 236 et 237.

(650) 6 mai 53, *Perrache*, R. 500 ; 9 f. 54, *Poirier*, R. 91 ; 4 mai 54, *Ste-Cécile*, R. 376 ; 22 jn. 54, *Duclos*, R. 584 ; 9 at. 55, *comm. de Neuville*, R. 597 ; 7 al. 59, *comm. de Grainville*, R. 255 ; 8 d. 59, *St-Pierre*, R. 714 ; 4 jl. 60, *Bandy*, R. 520 ; 4 al. 61, *Gourraud*, R. 236 ; 20 mars 62, *v. de Châlons*, R. 234 et concl. *L'HÔPITAL*.

(651) *L'HÔPITAL, in Hospices de Verdun* (7 al. 64), R. 326.

(652) 5 jn. 62, *d'Andigné*, R. 467 ; 17 jl. 62, *Larnac*, R. 574 ; 10 mars 64, *Jolly*, R. 232 ; 9 f. 65, *d'Andigné*, R. 171 ; 23 n. 65, *Vivenot*, R. 933 ; 13 mars 67, *d'Estampes*, R. 265 ; 15 al. 68, *Robineau*, R. 411 ; 26 f. 70, *Gérard*, R. 193.

(653) 26 jv. 54, *v. de Bastia*, R. 56 ; 14 d. 54, *Houry*, R. 974 ; 7 jl. 63, *Bonnet*, R. 526 ; 7 jv. 64, *Amiel*, R. 10 ; 28 mars 66, *de Montmorency*, R. 298 ; 2 mai 66, *Rigaud*, R. 417 ; 14 at. 71, *Fargeix*, R. 124 ; 4 jl. 72, *él. de Calacuccia*, R. 399.

(654) 7 jn. 66, *Verdier*, R. 628 ; 1^{er} jn. 70, *Baudetocque*, R. 680.

(655) 18 mai 54, *Laffargue*, R. 473 ; 28 d. 54, *Rousset*, R. 1030 ; 18 f. 63, *Motte-Bossut*, R. 151 ; 30 al. 63, *v. de Boulogne*, R. 404 ; 25 jv. 66, *charcutiers de Bourges*, R. 39 ; 28 f. 66, *Lavenant*, R. 175 ; 7 jn. 66, *Pingret*, R. 622 ; 15 mai 69, *Petite-Synthe*, R. 469.

(656) Cf. *LAFFERRIÈRE*, 1896, t. II, p. 562 ; *APPLETON*, 1927, n. 350.

137. La disparition même entre parties privées des instances en excès de pouvoir contradictoires est confirmée par l'examen des arrêts relatifs à l'intervention en défense. Dans la première décade ils l'écartent dès là que l'intérêt invoqué n'a pas la précision de celui que possède le bénéficiaire de la décision naguère « contentieuse » (657) : il n'est pas étonnant en effet que la sévérité dans l'admission des adversaires du requérant aille de pair avec la volonté sincère de conserver à l'instance un aspect contradictoire. Déjà cependant une menace de dissolution pèse sur le caractère des défenses produites, du fait que, si leurs auteurs préfèrent se présenter comme « intervenants », le Conseil ne voit pas d'inconvénient à les accueillir comme tels (658). Dans la deuxième décade, ce sont tous les pseudo-défendeurs qui sont reçus à intervenir, et l'équivalence entière des deux désignations suffirait à prouver la déchéance subie par la défense, si cette déchéance et cette équivalence même ne ressortaient de la formule qu'emploient tous les arrêts : « Dans ces circonstances, le sieur X. a intérêt à *défendre* au pourvoi formé par le requérant et son *intervention* doit être admise ». La défense s'est définitivement dissoute dans l'intervention à l'appui de l'acte (659).

138. Une autre preuve de la survie des défendeurs pendant les premières années réside dans la possibilité, reconnue en 1858 (660) au profit de bénéficiaires d'une décision quasi-contentieuse, de former « opposition » à l'arrêt qui, annulant cette décision, n'avait pas « été rendu contradictoirement avec » eux. — Il n'est pas d'arrêt pour faire pendant à celui-ci dans la deuxième phase : impossible donc de savoir si la *tierce*-opposition aurait été reçue, mais gageons que c'est d'elle que la recevabilité aurait été agitée.

(657) 14 d. 54, *dames de St-Maur*, R. 987 ; 12 jl. 60, *Baynes*, R. 533.

(658) 9 f. 54, *Poirier*, R. 91 ; 2 at. 54, *Cie de la gare de Vaise*, R. 740 ; 15 al. 57, *Muzellec*, R. 261 ; 22 mars 60, *Hergott*, R. 239.

(659) 23 jv. 62, *Legendre*, R. 70 ; 26 d. 62, *Périer*, R. 858 ; 25 f. 64, *Lesbats*, R. 209 ; 14 at. 65, *v. de Paris*, R. 805 ; 11 jl. 67, *comm. de Combloux*, R. 635 ; 19 mars 68, *Champy*, R. 325 ; 21 jl. 70, *Pourteau*, R. 916 ; 12 jl. 71, *Supervielle*, R. 85.

(660) 3 jn., *syndicat des arrosages de Cairanne*, R. 400. (La décision par défaut est du 4 mai 1854, R. 376).

ARTICLE 4. — *Autorité de la décision rendue par le juge*

139. Le passage du caractère subjectif au caractère objectif s'observe pour elle comme pour la structure de l'instance : elle est en effet la conséquence de cette structure et, par delà celle-ci, des raisons qui l'expliquent.

Dans les années 50 les décisions rendues, portassent-elles annulation, conservent une autorité purement relative : ou bien, de par la nature de l'acte entrepris, le débat (au moins virtuellement, car le défendeur désigné ne reçoit pas toujours une ordonnance de soit-communicé ou n'y répond pas toujours par un mémoire en défense) était institué *inter partes* et la décision rendue ne vaut qu'entre les adversaires (661) ; ou bien le demandeur n'avait affaire qu'à l'Administration et, quoique les observations produites par celle-ci n'apparaissent plus comme les défenses d'une partie litigante, que donc la chose jugée n'est pas nécessairement enclose dans la relativité, il est seul à pouvoir se prévaloir de l'annulation, s'il l'obtient : naturelle lorsque l'acte est de portée strictement individuelle, cette solution ne vaut pas moins lorsque l'acte est de caractère général et, formé d'une collection d'actes individuels, constitue un quasi-règlement ; les arrêts précisent en effet en ce cas qu'il est annulé « en ce qui concerne » ses seuls destinataires qui se soient pourvus, « en tant qu'il s'applique personnellement » à eux (662). Expressément donnée, dans une hypothèse où l'autorité absolue devenait concevable, cette indication prouve d'ailleurs en général que le Conseil demeure attaché à l'autorité relative.

Comment s'en serait-il détaché, alors que rien ne l'y invitait et que le principe de la relativité des sentences juridictionnelles s'imposait presque à l'égal d'un dogme ? Il est vrai que, si son attitude est assise quant au fond sur ce prin-

(661) Parmi les exemples les plus incontestables : 2 al. 52, *v. de Chaumont*, R. 68 ; 18 mai 54, *comm. de Catillon*, R. 465 ; 7 al. 59, *comm. de Grainville*, R. 255 ; 4 jl. 60, *Bandy*, R. 520 ; et surtout l'affaire visée au n. 138.

(662) 15 al. 57, *étangs du Forez*, R. 257 ; 3 at. 58, *société de secours mutuels de la Sarthe*, R. 563 ; 16 d. 58, *Collas*, R. 720. Cette doctrine survit encore en 1865 dans un arrêt : 19 mai 65, *Daire*, R. 547.

cipe, l'usage qu'il en fait est tout automatique : que des idées nouvelles le sollicitent d'un autre côté, il ne le brandira pas, ne s'apercevant pas qu'il est en cause. C'est précisément ce qui arrive dans les années 60 : l'instance dépouille tout caractère contradictoire, restent seuls sur la scène, face à face, le requérant et l'acte dont il réclame le jugement ; la question posée est celle du maintien ou de la suppression de cet acte, et la suppression, si elle est prononcée, le sera à l'égard de tous. Le langage des commissaires est à cet égard significatif : d'abord ils parlent de « faire tomber » l'acte, d'en « prononcer » l'annulation « au lieu de [la laisser] résulter indirectement d'une décision judiciaire » ; puis l'idée gagne en netteté et ils déclarent ouvertement : « Dans le cas où vous annulez l'arrêt qui vous est déféré, ...il cesse immédiatement de pouvoir être appliqué » ou : il est « annulé par une décision souveraine, s'imposant à tous avec une légitime autorité » ; « reste-t-il une autre action qui s'attaquant à l'acte (réglementaire), puisse en provoquer l'anéantissement pour le présent et pour l'avenir » (663-664) ? La lecture des arrêts ne laisse pas de doute sur le revirement opéré : aucune formule ne vient plus limiter aux requérants l'effet de l'annulation des quasi-règlements ; certains dispositifs laissent même entendre qu'il profite alors à tous les intéressés sans exception (665) ; la portée de certaines annulations qui tendent d'elles-mêmes vers l'effet absolu ne fait dès lors (666) plus de difficulté : celles des règlements (667) et celles qui

(663) L'HÔPITAL, in *Estienne* (27 mai 63), R. 451 ; ROBERT, in *Didier* (30 j1. 63), R. 628 ; AUCOC, 1^{re} éd., t. I, n. 270, et in *Bouchers de Paris* (20 f. 68), R. 196 ; DE BELBEUF, in *Petite-Synthe* (15 mai 69), R. 470.

(664) Les commentateurs doctrinaux emboîtent d'ailleurs le pas aux commissaires : CHOPPIN, S. 68.2.93 ; ROZY, Rev. Cr., 1870, t. 37, p. 108 ; note au S. 70.2.92. C'est seulement plus tard que naîtra l'étonnement devant cette nouveauté insolite : COLLET, Rev. Cr. 1876, p. 225, n. XII ; TACQUET, th. 1885, p. 232 ; et surtout GAUTIER, 1879, p. 8.

(665) 12 f. 63, *Audebert*, R. 113 ; 9 d. 64, *Bourbon*, R. 973 ; 8 at. 65, *Raffugeau*, R. 756 ; 9 jv. 68, *Archambault*, R. 18 ; 15 mai 69, *Greset*, R. 483.

(666) « Dès lors », car le changement introduit, n'ayant pas retenu l'attention, n'apparaît point dans les arrêts : ceux-ci sont rédigés comme par le passé et ils pourraient être assortis, même dans les deux hypothèses exceptionnellement favorables que nous allons dire, de l'effet relatif si l'on ne savait par le cas révélateur du quasi-règlement que l'effet absolu s'est installé.

(667) (30 jn. 59, *Tripriers de Lyon*, R. 453) ; 30 al. 63, v. *de Boulogne*,

ont été demandées par un de ces requérants lointainement intéressés (habitants, électeurs ou président du conseil général dont le préfet a annulé une délibération) que le Conseil accueille par instants (668). L'autorité *erga omnes* des annulations décidées est désormais chose acquise (669).

SECTION II. — Traits par lesquels le recours reste encore indifférencié

140. Prise en charge de moyens qui dans leur ensemble tendent uniquement à l'appréciation de la régularité abstraite d'une mesure administrative, recevabilité de requêtes émanant de personnes dépourvues d'un intérêt vraiment direct et personnel, tendance à écarter les actes qui n'appartiendraient pas à la catégorie de la puissance publique, construction d'une instance qui ne connaît plus sous aucune forme le débat *inter partes*, renvoi de plus en plus fréquent à leur juge de toutes les demandes qui tendraient au fond à la délimitation de droits réciproques (670), — tous ces traits que nous avons relevés et qui s'affirment à mesure que les années passent composent au recours cette figure de voie de droit purement objective que nous nous plaisons à décrire aujourd'hui. Il ne la possède cependant pas entièrement : deux traits manquent, l'un (à vrai dire, passablement ébauché) dont l'absence va nous remplir d'étonnement, l'autre que tous les précédents concourent à faire surgir et sans lequel ils sont privés du sceau final.

1° Le contrat peut toujours être l'objet ou la cause d'un recours pour excès de pouvoir et de la sorte une trace im-

R. 404 ; 14 at. 65, *Richelieu*, R. 797 ; 12 al. 66, *Corbière*, R. 368 ; 9 mai 66, *Rouillon*, R. 466 ; 30 mars 67, *Leneveu*, R. 316.

(668) 6 at. 61, *él. de Tocqueville*, R. 677 ; 26 at. 65, *canal Alaric*, R. 858 ; 18 jn. 68, *Jousnet*, R. 684 ; 29 jn. 69, *Aix-en-Othe*, R. 644 ; 29 jn. 70, *Anthon*, R. 825 ; 8 at. 72, *Laget*, R. 502.

(669) Le lecteur n'aura pas été sans remarquer le petit nombre d'arrêts dont nous avons fait état ; qu'il veuille bien réfléchir qu'en dehors du cas du recours subséquent contre une décision d'annulation (cas qui, après 1852, ne se présente que dans l'espèce « Cairanne », *supra*, n. 138), les arrêts, fût-ce les modernes, ne renseignent presque jamais sur l'étendue de leur effet.

(670) Sur ce dernier point, voy. n. 122 *in initio*.

portante de subjectivité demeure dans la théorie de l'acte et dans le champ des moyens d'annulation.

A ce dernier égard nous savons déjà (671) que l'expulsion du contrat est encore à faire, puisque le Conseil d'une part n'écarte jamais les requérants qui invoquent un contrat dont il est juge et d'autre part, s'il se décharge souvent sur les autres tribunaux lorsqu'il n'est pas juge du contrat invoqué, ne le fait pas toujours et ne s'y tient donc pas pour tenu par un principe : il n'obéit, semble-t-il, qu'au désir de désencombrer son rôle. — Du point de vue de l'acte attaqué, il a l'air au moins aussi favorable au contrat. D'abord il est plusieurs arrêts (672) qui repoussent des demandes d'annulation de contrats pour ce seul motif que ces contrats ressortissent de par leur nature à l'autorité judiciaire et qu'il ne saurait être question pour le Conseil d'Etat de les annuler, argument qui à tout le moins n'autorise pas à proclamer la non-recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un contrat. Ensuite il est deux arrêts (673), dont l'un est indiscutable et relativement tardif, pour accueillir ouvertement ce recours. Dans la première espèce il est question d'un arrêté préfectoral qui, « en accordant » une autorisation de prise d'eau, a « stipulé » quelles sujétions le permissionnaire devrait supporter sans indemnité et a eu le tort d'être trop absolu ; l'annulation s'applique donc à un acte qui intervient dans un échange de consentements et se rapproche déjà de l'acte bilatéral. Dans la deuxième espèce, qui est de 1863, c'est d'un véritable contrat qu'il s'agit, d'une location de portion du rivage maritime par l'Etat à la ville de Boulogne, au mépris du droit de libre accès du public et du droit que s'était acquis le transporteur Bourgeois, requérant et concurrent des voitures municipales ; au lieu de se contenter d'annuler la décision préalable, remettant à une autre occasion la détermination de la validité du contrat, l'arrêt dispose en son article 1 : « Sont annulés la décision de notre ministre des Finances en date du 9 février 1859, et l'acte de conces-

(671) N. 89.

(672) 4 jl. 60, *Bandy*, R. 520 ; 9 jv. 67, *Verdier*, R. 17 ; 9 jv. 68, *de Chastaignier*, R. 5 ; 15 al. 68, *Robineau*, R. 411 ; 12 jv. 70, *Morel*, R. 10.

(673) 13 jn. 60, *duc de Clermont-Tonnerre*, R. 460 ; 30 al. 63, *v. de Boulogne*, R. 404.

sion passé par le sous-préfet de l'arrondissement de Boulogne-sur-mer, à la date du 18 mars suivant, en exécution de cette décision ».

Rien que de très normal dans toutes ces décisions : le contrat contient des dispositions obligatoires et renferme une mesure arrêtée qui fait grief ; il s'inscrit de droit dans le cercle d'un recours contentieux. Toutefois ce qui était une nécessité avant 1862 avec le « recours au Conseil » devient avec un recours nouvellement créé une simple faculté : de fait, à considérer très attentivement certains indices, on s'aperçoit qu'est déposé le germe de l'idée qui fera évincer le contrat. Cette idée, c'est que tout débat à propos d'un contrat consiste en une discussion de droits et d'obligations, alors que le contentieux de l'excès de pouvoir est seulement fait pour décider abstraitement de la régularité des actes (674). Or, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (675), plus ou moins confuse, plus ou moins enveloppée, c'est elle qui se cache dans nombre d'arrêts écartant les demandes fondées sur un contrat : le sentiment du Conseil n'est pas seulement qu'il peut pour se désencombrer mettre à profit la compétence d'un autre juge ; serré de près, il est encore que cette compétence est non pas concurrente, mais exclusive. La même observation serait autorisée s'il se trouvait dans les dernières années des requêtes dirigées contre un contrat et des arrêts qui jouassent avec elles du recours parallèle ; à leur défaut, les arrêts (676) relatifs à l'inclusion des actes de gestion (parmi lesquels se classe indubitablement le contrat) sont démonstratifs : leur signification est que ces actes suscitent naturellement un contentieux avec lequel ne se confond pas celui de l'excès de pouvoir.

141. 2° De ce côté donc le terrain, s'il n'est pas encore acquis à l'objectivité, est miné par elle. D'un dernier côté au contraire elle n'a en rien réussi à mordre. C'est en ce

(674) A vrai dire, puisque le contrat, ainsi qu'on l'a quelquefois observé, peut engendrer un contentieux de la simple annulation, il serait plus exact d'énoncer que « l'acte subjectif » est exclu de l'excès de pouvoir. Mais à notre époque cette précision et cette systématisation sont prématurées.

(675) *Supra*, n. 122 précité.

(676) N. 131.

qui concerne l'aboutissement normal, la conclusion logique (677) de tous les traits que nous rassemblions tout à l'heure : la limitation des pouvoirs du juge à l'annulation et la séparation formelle des contentieux. La différenciation du recours, assez prononcée pour lui interdire après 1861 d'emprunter les formes simplifiées admises en matière fiscale ou électorale, ne va pas jusque là. Pierre de touche désignée d'une nouvelle juridiction, ce trait manque : supposant en effet tous les autres traits, mais les dépassant, il est le couronnement de l'édifice dont la production réclamera un suprême effort.

Prenons-en les diverses manifestations, en commençant par les plus humbles : l'étendue des pouvoirs du juge, dans son ensemble légèrement amoindrie par rapport à la période antérieure (en raison directe sans doute de l'accroissement de fictivité subi par le principe de la justice retenue), dépasse largement l'annulation ; elle est certainement la même ici que sur tout autre recours. Malgré une terminologie defectueuse, qui dépare plus d'une fois ses décisions et les conclusions de ses commissaires (678), la seule quasi-réformation (679) que le Conseil se permette est l'annulation partielle (680). — En principe, il ne se reconnaît pas le droit d'intimer des ordres à l'Administration (681) ; mais il s'y risque par exception (682). — De même, il ne se substitue pas

(677) L'idée que les commissaires en sont venus à proclamer l'étroussure des pouvoirs du juge par voie de déduction est clairement suggérée par AUCOC (*des Recours...*, 1878, p. 12-13).

(678) 18 mai 54, *comm. de Catillon*, R. 465 ; 15 mai 69, *Petite-Synthe*, R. 469 ; DE BELBEUF, *ibid.*, R. 471 ; AUCOC, 2^e éd., t. I, n. 295.

(679) Dans un arrêt *Champy* du 19 mars 1868 (R. 325) le mot arrive à point nommé pour désigner une annulation partielle.

(680) 14 at. 52, *Vaudé*, R. 401 ; 21 jn. 55, *hosp. de l'Éronne*, R. 450 ; 30 jn. 59, *tripiers de Lyon*, R. 453 ; 10 mars 64, *Darnaud*, R. 230 ; 7 jn. 65, *Lesbats*, R. 624 ; 17 al. 69, *Tabardel*, R. 389 ; etc...

(681) 25 f. 64, *Lesbats*, R. 209 ; 7 jn. 65, *Lesbats*, précité ; 13 mars 67, *d'Estampes*, R. 265.

(682) 27 mai 63, *Pensa*, R. 456 (« Il sera délivré au sieur P. un nouveau mandat, sans motifs ni réserves, pour le paiement des indemnités » allouées par un arrêt antérieur, alors que le ministre voulait imposer au créancier une certaine interprétation de l'arrêt) ; 29 jn. 69, *Aix-en-Othe*, R. 644 (les actes ayant décidé après quinze ans le paiement d'un immeuble à l'aide d'une coupe extraordinaire de bois « sont réformés », après que les motifs ont souligné le caractère de mauvaise administration du procédé).

à l'Administration pour accomplir un acte (683) ; mais il osera le faire occasionnellement (684). — Le renvoi « pour faire ce que de droit » est d'une pratique courante (685). — Il ne s'interdit pas de statuer sur les conséquences extra-pécuniaires de l'annulation qu'il prononce, annulant par exemple après les décisions qui ont déterminé le mode de procéder à des élections ces élections elles-mêmes (686), — et pas davantage sur les conséquences pécuniaires qu'elle peut comporter (remboursement des sommes payées en exécution d'une inscription d'office indue, décharge de taxe incompétamment créée, mise à la charge de la ville des frais d'un poste d'octroi établi à la porte d'une nouvelle gare dont le ministre subordonnait illégalement l'ouverture à la prise en charge desdits frais par le chemin de fer requérant, versement à un officier d'un traitement de fonctionnaire dont le ministre avait cru pouvoir empêcher le cumul avec la solde, etc.) (687).

142. Lorsqu'il a cassé pour incompétence la décision d'une juridiction et que les décisions de la juridiction réellement compétente lui sont subordonnées par la voie de l'appel, il ne voit toujours pas d'obstacle, si on le lui demande et si l'affaire est en état, à évoquer le fond, qu'il soit ou non de nature pécuniaire (688).

143. Mais le Conseil, qui est un juge, ne statue pas sans

(683) 2 mai 61, *Letellier*, R. 329 ; *AUCOC*, in *Bizet* (13 mars 67), R. 276, et 1^{re} éd., t. I, n. 280.

(684) Non pas tant 2 at. 54, *Frémont*, R. 728 et 6 mars 57, *Davesnes*, R. 179, relatifs à des radiations des contrôles consécutives à l'annulation de décisions émanées de conseils de recensement de la garde nationale, que : 12 mai 69, *dame Clément*, R. 456 (délivrance de l'autorisation de construire que le préfet de la Seine, pourtant chapitré depuis dix ans, avait une fois encore refusée) ; 9 mars 70, *v. de Nemours*, R. 251 (annulation d'une inscription d'office de somme excessive : réduction de l'inscription à la somme suffisante).

(685) 14 jn. 52, *Duchesne*, R. 227 ; 7 f. 56, *comm. de Buxérulles*, R. 119 ; 23 jv. 64, *Petit-Colas*, R. 50 ; 14 al. 64, *Laville*, R. 339 ; 11 jv. 66, *Chabanne*, R. 21 ; 26 jn. 69, *Le Brun*, R. 630 ; 24 jv. 72, *v. de Dijon*, R. 18.

(686) 17 jv. 68, *Villemain*, R. 34 ; 27 jl. 70, *Lallier*, R. 951.

(687) 2 al. 52, *v. de Chaumont*, R. 68 et 9 mars 70, *comm. de Sancy*, R. 249 ; 7 jn. 66, *Verdier*, R. 628 ; 14 at. 67, *cie P.L.M.*, R. 785 ; 11 al. 72, *Morin*, R. 217.

(688) 16 f. 54, *Castillon*, R. 104 ; 22 jn. 54, *Chitier*, R. 595 ; 16 n. 54, *Istria*, R. 861 ; 22 s. 59, *Vinyes*, R. 660 ; 19 jl. 60, *Lesage*, R. 560.

avoir été saisi et il est bien évident qu'il ne fera pas de distinction selon que les conclusions contentieuses ordinaires qui sont déposées devant lui visent ou non une suite de l'annulation qui lui est demandée : il n'interdit donc pas la jonction dans un même pourvoi de conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir et de conclusions tendant à une autre fin ; il l'admet au contraire et il statue sur les deux catégories de conclusions par une seule et même décision (689-690). Les traits caractéristiques de la distinc-

(689) 2 al. 52, *v. de Chaumont*, R. 68 ; 5 jv. 54, *Maronnier*, R. 6 ; 22 s. 59, *Vinyes*, R. 660 ; 27 mai 63, *Pensa*, R. 456 ; 5 mars 68, *Chrétien*, R. 248 ; 16 f. 70, *Delaubier*, R. 98 ; 24 jv. 72, *v. de Dijon*, R. 18. — L'attitude du Conseil est évidemment la même lorsqu'il se trouve en face de conclusions appartenant non plus à ce qui s'appellera plus tard « le plein contentieux », mais à ces branches qui demeurent pour l'instant confondues avec lui dans « le contentieux administratif proprement dit » : le contentieux de l'interprétation (20 jl. 54, *Rampal*, R. 684 ; 6 jn. 72, *Roche*, R. 368) et celui de la répression (27 mai 63, *Drillet*, R. 470 et 25 jv. 66, *canal latéral*, R. 41 : jonction de pourvois ; 19 mars 68, *Soupault*, R. 320 : jonction de conclusions).

(690) En cette matière, il faut particulièrement se garder des apparences. Il y a des arrêts qui refusent de joindre les deux ordres de conclusions pour y statuer par une seule décision. Mais c'est pour une de ces raisons : compétence des tribunaux judiciaires (4 jl. 60, *Bandy*, R. 520 ; 9 jv. 68, *de Chastaignier*, R. 5), inutilité de la demande « ordinaire » (21 f. 67, *v. de Montbéliard*, R. 186), forclusion de l'une des demandes (18 mars 68, *Labille*, R. 305), absence de décision préalable, quand le recours pour excès de pouvoir seul peut être formé *omisso medio* (5 mars 52, *Bocage*, R. 27 ; 28 jl. 53, *Rat*, R. 822 ; 26 jv. 54, *v. de Bastia*, R. 56 ; 2 jn. 59, *Gosse*, R. 400 ; 20 at. 64, *Guillotière*, R. 828 ; 21 f. 67, *v. de Montbéliard*, précité).

Les apparences les plus trompeuses sont le privilège de deux arrêts, qui ont fait l'illusion à d'excellents interprètes : 1°) 19 jv. 60, *Schulters*, R. 53 : « L'arrêté du conseil de préfecture en exécution duquel le sieur S. aurait été contraint de se dessaisir des plans et devis, est annulé pour incompétence par le présent décret, et il ne nous appartient pas de statuer sur les réclamations qui peuvent être la conséquence de l'exécution dudit arrêté ». A l'avant-dernier mot près, c'est tellement la formule dont usera à l'avenir le Conseil qu'HAURIOT et ses élèves (Année Adm. 1903, p. 133) y ont vu la première affirmation de la disjonction obligatoire des conclusions. L'ancienneté de l'arrêt en ferait déjà douter, si l'examen de l'espèce ne révélait qu'il s'agit d'un marché de travaux conclu pour un musée, c'est-à-dire d'un contrat n'ayant pas le caractère de marché de travaux publics et dont le contentieux appartient à l'autorité judiciaire ; — 2°) 19 jl. 66, *élections de Chaillé-sous-les-Ormeaux*, R. 863 : recours sans frais contre un arrêté de conseil de préfecture statuant sur des élections municipales, conclusions adjointes visant la nomination d'un adjoint par le préfet : « Les recours pour excès de pouvoir ne sont pas rece-

tion des contentieux ne sont pas encore acquis ; la séparation n'est pas consommée.

vables s'ils ne sont présentés sur papier timbré par requête spéciale, et les requérants n'ont pas satisfait à ces conditions ». Cette fois, dit HAURIOU (S. 1912.3.129), nous tenons « la raison doctrinale » de la règle de la disjonction. Non point : la haute assemblée reconnaît assez d'indépendance au recours pour l'exclure du bénéfice de l'exemption de frais prononcée en faveur des recours au Conseil formés en matière électorale et pour l'astreindre à ses formes propres, et du moment que les conclusions en excès de pouvoir sont assujetties au timbre de dimension, cela fait dans une affaire électorale une requête séparée. Si le requérant dépose toutes ses conclusions couchées sur papier timbré, le Conseil y statue par une décision unique (4 et 25 jl. 72, *él. de Calacuccia et de Montpezat*, R. 399 et 471).

CONCLUSION

144. LAFERRIÈRE, qui s'était formé une certaine idée de l'histoire du recours pour excès de pouvoir et qui ne prisait guère l'œuvre accomplie dans les dernières années du II^e Empire, a écrit (t. II, p. 412) qu'elle traduisait « un certain relâchement de la doctrine juridique ». Cette appréciation, pour n'être pas toujours imméritée, ne paraît pas de première importance. Peu d'années après 1872, un commentateur sagace, qui signait Ed. M. et que nous n'avons pas réussi à identifier, disait plus justement, à propos de l'exception de recours parallèle (note sous l'arrêt *Regnault*, 14 jv. 76, R. 33), qu'il ne fallait pas chercher à « trouver en matière d'excès de pouvoir une doctrine parfaitement stable, fondée sur des principes qui seraient ou trop larges ou trop absolus ». La matière n'est-elle pas en effet en pleine fermentation depuis 1862 ? Il devait donc nécessairement se faire — à côté de celles qui trouveraient immédiatement leur nouvel équilibre — qu'en certaines questions le Conseil allât d'abord à des solutions exagérément novatrices, qu'en d'autres il opérât une réaction excessive, qu'en d'autres enfin il restât immobile dans son ancienne position. Telle est bien la perspective qu'offre l'excès de pouvoir en 1872.

Mais il suit de là — et c'est la première conclusion que nous voulons dégager — que les solutions adoptées au moment où se clôt notre étude sont étonnamment éloignées de celles qui auront cours au début du XX^e siècle. Nous n'aurions pas imaginé, en commençant notre travail, un pareil contraste. Il faut pourtant se rendre à l'évidence.

S'agit-il de la recevabilité ? Les décisions juridictionnelles, qu'elles soient de dernier ou même de premier ressort, peuvent être frappées de recours pour excès de pouvoir ; de même, les décisions non écrites, silence ou simple agisse-

ment ; le contrat n'est pas protégé par une barrière de principe ; les actes de gouvernement sont exposés à la vérification de la compétence ; le recours hiérarchique préalable n'est astreint à aucun délai ; l'exception de recours parallèle, qui n'a pas encore reçu ce nom, prête à des abus manifestes. — S'agit-il de l'étendue du contrôle exercé par le juge ? L'incorporation dans l'excès de pouvoir du moyen tiré de la violation de la loi s'accompagne de graves incertitudes ; un excès de pouvoir peut encore naître de l'inobservation d'un contrat ; le grief de détournement de pouvoir n'est pris en considération qu'avec timidité ; à l'appellation près, notre moderne « absence de cause juridique » est connue ; par intermittence, il est tiré de l'erreur de fait tout le parti possible ; enfin le juge ne se considère pas comme armé d'un simple pouvoir d'annulation et n'impose pas la séparation des requêtes.

La constatation s'impose, dès lors, que le dernier quart du XIX^e siècle, loin d'avoir été la période de demi-stagnation que nous aurions tendance à imaginer, a dû être une période d'active mise au point. Il mériterait une étude d'ensemble, semblable à celle que nous avons tentée pour la période antérieure.

145. Une seconde conclusion sera plus générale et répondra à la question incluse dans le titre même de cet ouvrage : quelle a été sur le développement entier du recours l'influence exercée par le régime de la justice retenue ? Le caractère à demi administratif du recours, l'idée qu'il est éclos grâce à la confusion en la personne du chef de l'Etat des fonctions de juger et d'administrer et qu'il a d'autant plus prospéré que l'union était plus étroite entre le pouvoir administratif et le pouvoir contentieux ont été assez souvent et assez solennellement affirmés (JACQUELIN, p. 232-235 ; ARTUR, p. 415-416 ; CRUET, p. 251) pour qu'il vaille la peine de consigner ici la réponse à laquelle conduisent nos recherches.

Nous avons vu (n. 115-119) comment, sous le II^e Empire, le Conseil était tenté de voir dans le recours un recours « gracieux » et dans quelle mesure cette conviction est passée dans son organisation. Il faut croire qu'elle était assez profondément ancrée puisque, lorsque la justice déléguée fut redevenue la vérité officielle, le juge des excès de pouvoir eut

l'impression de perdre pied : LAFERRIÈRE, écrivant en 1876 (Rev. Cr., p. 318 et 323), le donnerait déjà à entendre ; le mystérieux Ed. M., qui appartenait sûrement à l'entourage du Conseil, déclare nettement (au Recueil, année 1876, p. 35) : « nous comprenons le reproche adressé à la loi de 1872, qui, en supprimant la justice retenue, a entendu maintenir une doctrine qui ne saurait convenir dans la même mesure à un tribunal exerçant des pouvoirs propres » ; en 1874, le commissaire du gouvernement DAVID emploie dans des conclusions des expressions (R. 605) qui laissent percer un sentiment général de désarroi ; mais le témoignage caractéristique entre tous est celui du plus représentatif parmi les artisans de l'œuvre accomplie : AUCOC. Après une allusion en 1865 (concl. au R. 57-58), il explique clairement en 1869 (1^{re} éd., t. I, n. 348) que la fiction de la justice retenue est éminemment propre à assurer la protection des droits privés, le Conseil ayant « bien plus de hardiesse » quand « il sait que ses décisions seront signées par le chef de l'Etat et qu'il n'est pas à craindre [dès lors] que les administrateurs refusent de s'y conformer » ; en 1878 (*des Recours...*, p. 17) il réédite cette explication pour faire ressortir la supériorité de l'ancien système sur le nouveau ; et jusqu'à leur dernière édition les *Conférences* révèlent que pour leur auteur entre le recours et le système de la justice propre il y a mésalliance (2^e éd., t. I, 1878, n. 295 ; 3^e éd., t. I, 1885, n. 295 et 363). Le doute n'est donc pas permis : la juridiction de l'excès de pouvoir avait, dans l'effort de renouvellement qu'elle poursuivait depuis 1862, trouvé dans la participation de la Haute Assemblée à l'autorité administrative du chef de l'Etat un appui précieux ; les initiateurs du mouvement ont même pensé : un appui nécessaire.

Il est aussi certain, d'autre part, que le recours a trouvé un terrain propice à sa naissance (n. 11) dans la confusion des fonctions résidant aux mains du chef de l'Etat. — La conclusion n'est-elle pas, dès lors, que le recours pour excès de pouvoir est, par essence, un recours non contentieux ?

Il est vrai qu'en sens inverse on pourrait arguer de l'extension qu'il avait prise sous Louis-Philippe, alors que l'organisation juridictionnelle plus décidée du Conseil et son esprit même distendaient les liens avec le pouvoir adminis-

tratif suprême, — et, mieux encore, de 1849 à 1851, alors que le Conseil était érigé pour la première fois en tribunal indépendant. Et dans le même temps n'affectait-il pas au maximum les dehors du recours contentieux ?

Mais, à dire vrai, il n'y a aucun parti à tirer, ni dans un sens ni dans l'autre, de la période antérieure au Second Empire, et même à 1860. Deux raisons s'y opposent : d'abord, le recours n'existe alors qu'à titre de recours au Conseil pour cause d'excès de pouvoir (voy. n. 39) et ce qu'on peut dire de lui est tout aussi vrai de n'importe quel autre recours contentieux ; ensuite, ce qu'on appelle « contentieux » n'est pas ce que nous appelons aujourd'hui de ce nom (voy. n. 45) : l'autorité contentieuse n'est pas constitutivement distincte du pouvoir administratif et ne s'oppose pas trait pour trait à lui. Après 1860 au contraire, la justice du Conseil d'Etat devient une justice authentique, « publique », et le recours pour excès de pouvoir est ouvert indépendamment du contentieux administratif, à titre de voie de droit autonome. Le comportement qu'observe pour lors le Conseil ne permet pas — bien au contraire — de trancher dans le sens administratif la question de la nature du recours. D'abord dans l'explication du désarroi où il est après 1872 il faut faire la part aussi belle à la disparition des institutions impériales qu'à l'abandon du principe de la justice retenue (cf. n. 65). Même ainsi réduit, l'attachement éprouvé pour ce principe n'est pas démonstratif : les créateurs du recours ont été persuadés qu'il leur était donné de le bâtir parce qu'ils pouvaient l'asseoir sur les prérogatives administratives du chef de l'Etat. Mais qu'y a-t-il à l'origine de cette persuasion ? Un simple coup d'œil jeté sur la tournure si neuve du recours, appréciée au nom des préjugés désormais en vigueur en matière processuale. Sa vertu réelle a été (voy. n. 115 s.) extrêmement faible : les échappées du recours dans le sens administratif sont très limitées pour le nombre et pour l'importance ; foncièrement, ce que construit le Conseil, c'est un type nouveau, mais authentique de voie contentieuse : nous en avons réuni les preuves nombreuses et convaincantes. L'enseignement de l'histoire rejoint donc celui de l'enquête entreprise directement au début du XX^e siècle sur le compte du recours, en l'état où il se trouvait alors, et étaye fermement cette con-

clution que le recours pour excès de pouvoir est en son fond de nature contentieuse.

146. Une dernière réflexion nous sera fournie par la mise à l'épreuve d'une théorie émise par HAURIOU et sur laquelle il est souvent revenu (11^e éd., 1927, p. 414-416 et 386-387 ; notes au S. 1900.3.73 et 1917.3.25). Selon lui, la couche de l'excès de pouvoir n'est pas homogène : elle appartient pour une part au plan de la police juridique, de la discipline administrative, de l'auto-limitation, pour une autre part au plan du fond du droit, de la légalité, de l'hétéro-limitation. Du jour où l'incorporation de la violation de la loi a été acquise, le respect des règles de compétence et de formes, qui sont généralement fixées par des textes, s'est imposé sur le second plan ; l'incompétence *ratione materiae*, le détournement de pouvoir et les moyens apparentés à l'erreur de fait sont seuls restés sur le premier plan. Mais, à prendre les choses historiquement, c'est sur le premier plan que la notion de l'excès de pouvoir s'est longtemps située, s'étendant de l'incompétence au vice de formes, puis au détournement de pouvoir, et l'inclusion de la violation de la loi qui l'a faite descendre sur le second a constitué pour elle une extension en dehors de son cadre initial, disons même : de ses limites naturelles.

Pour la période antérieure à 1852 cette vue est certainement inexacte : la violation de la loi tend à s'introduire à côté de l'incompétence dans l'excès de pouvoir, le vice de formes est plus éloigné d'y parvenir, le détournement de pouvoir est inconnu. Mais c'est que le recours pour excès de pouvoir en est à sa première manière et a seulement pour fonction de sanctionner les irrégularités les plus graves ; or, envisagée dans tel cas d'espèce, l'inobservation de la règle de fond peut être plus grave que le mépris des formes. Après 1852, au contraire, rien ne s'oppose à ce que le vice de formes pénètre dans l'excès de pouvoir et s'installe à côté de l'incompétence, car s'en rendre coupable est le fait d'un administrateur peu diligent et le recours, qui a désormais pour fonction d'imposer à l'Administration le respect de *toutes* les prescriptions qui règlent son action, doit pouvoir commencer par les irrégularités les plus légères. C'est au recours pour excès de pouvoir du type moderne qu'on a affaire, et

la fin qui lui est assignée répond déjà assez bien à l'idée de discipline intérieure mise en avant par HAURIOU. Mais ce qui convainc de l'exactitude de son analyse, c'est la façon dont l'excès de pouvoir s'aggrave dès lors de nouveaux vices : la violation des formes est adjointe dès 1853 à l'incompétence, le détournement de pouvoir, une fois reconnu, est incorporé en 1864 de façon globale, dès 1862 sont retenus des moyens tirés de l'erreur de fait que le Conseil, plus tard, refusera de prendre en considération, — et l'inclusion de la violation de la loi, qui était en gestation depuis des décades, n'est acquise qu'en 1864 et provoque bientôt, lorsqu'elle est remarquée, le trouble et la perplexité, signe qu'avec elle on ne se contente plus d'expliciter la notion posée en 1852. Les praticiens du Conseil se sont réglés d'instinct sur la conception que le théoricien a mise en lumière.

VU :

Paris, le 28 Décembre 1941.

Le Président de la thèse,

J. LAFERRIERE.

VU :

Le Doyen,

G. RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

GILBERT GIDEL.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	VII
---------------------	-----

INTRODUCTION

1. Origine et esprit de cette étude	1
2. Date d'apparition du recours pour excès de pouvoir ; les deux phases par lesquelles il est passé avant 1872	4
3. Aperçu général de la période 1815-1851	5
4. Aperçu général de la période 1852-1872	8

PREMIERE PARTIE

La période qui s'étend de 1815 à 1851

TITRE PREMIER

NAISSANCE, FONCTIONS ET ASPECT GÉNÉRAL DU RECOURS

SECTION I. — *Naissance du recours*

5. Principe directeur dans la recherche des origines	11
6. Position du Conseil d'Etat juge sous le 1 ^{er} Empire	12
7. De l'emploi qu'il faisait du terme « excès de pouvoir »	13
8. Démonstration	14
9. Mode d'apparition, sous la Restauration, du recours pour incompétence et excès de pouvoir	15
10. Confirmation et preuves de son existence	16

SECTION II. — *Fonctions du recours*

11. Fonction principale et fonctions secondaires	18
--	----

SECTION III. — *Aspect général du recours*

12. Aspect général	22
13. Confirmations : 1 ^o Nombre des recours	24
14. 2 ^o De l'appui prêté au recours par l'invocation de la loi des 7-14 octobre 1790	25

15. 3° Que le recours est longtemps considéré comme posant une question de recevabilité et non de fond. Plan 27

SECTION IV. — *Du domaine assigné aux décisions contentieuses de l'Administration*

16. Que cette qualité est attribuée à toute décision rendue pour départager des prétentions rivales 29

TITRE DEUXIEME

ETENDUE DES MOYENS D'ANNULATION

17. Principe de recherche 32

SECTION I. — *Le moyen d'incompétence*

18. Empiètement sur un autre pouvoir 33
 19. Empiètement sur une autre autorité administrative 33
 20. Que l'excès de pouvoir se limite en principe à l'incompétence 33

SECTION II. — *De l'admission de la violation de la loi*

21. Qu'elle est exclue en principe de l'excès de pouvoir sous la forme de la fausse application comme sous la forme de la violation caractérisée ; attitude nouvelle du Conseil de 1849 35
 22. Qu'elle demeure absolument exclue touchant les décisions des conseils et des jurys de révision 38
 23. Arrêts tournés vers son admission 38
 24. Admission constante de la violation de la chose jugée 39
 25. Ampleur singulière de l'excès du pouvoir touchant les arrêtés des Conseils de préfecture 39
 26. Que, dans les premiers cas où la violation de la loi est accueillie, elle est accompagnée de la violation d'un droit subjectif 40
 27. Cas où le Conseil rejette la requête après examen de l'étendue du pouvoir administratif au fond 42
 28. Cas où le Conseil annule après le même examen 43
 29. Quelles règles de fond il considère comme obligatoires 43

SECTION III. — *De l'admission du vice de formes*

30. Qu'il est exclu en principe de l'excès de pouvoir 44
 31. Mesure dans laquelle des violations de formes sont accueillies 45

SECTION IV. — *Limites et vue générale des moyens d'annulation*

32. Que le détournement de pouvoir est inconnu 47

TABLE DES MATIERES

251

33. Que l'erreur de fait n'est pas retenue, quoique le Conseil ne s'interdise par aucun principe l'examen du fait	47
34. Résumé	49
35. Originalité de cette doctrine de l'excès de pouvoir ; son indépendance à l'égard des traditions judiciaires	49

SECTION V. — *Conséquence : étendue de la théorie des actes de pure administration*

36. Que cette théorie n'empêche pas la recevabilité du recours pour incompétence et excès de pouvoir	50
37. Limitation du contrôle du juge qu'elle traduit. Premier sens de l'expression : acte qui, n'ayant pas valeur de décision à l'égard d'un droit subjectif prétendu, ne fait pas obstacle au recours devant le juge compétent pour protéger ce droit	51
38. Deuxième sens : acte qui échappe à l'emprise contentieuse	55

TITRE TROISIEME

ORGANISATION DU RECOURS

39. Que la différenciation de la voie de recours reste purement virtuelle	58
---	----

CHAPITRE PREMIER

De la voie de recours ouverte par l'excès de pouvoir

40. Que le recours s'applique aux actes de toutes les « autorités » administratives	61
41. Autorités de l'administration active	62
42. Autorités de l'administration délibérante	63
43. Juridictions administratives, de premier et de dernier ressort	64
44. Qu'en effet, malgré les apparences, le Conseil est toujours saisi du grief d'excès de pouvoir par la voie du recours	67

CHAPITRE II

Caractère contentieux du recours pour incompétence et excès de pouvoir

45. Mesure dans laquelle il existe	73
46. Confirmation : des caractères obligatoire et d'ordre public du délai	75

CHAPITRE III

Tendance du recours pour incompétence et excès de pouvoir à acquérir une théorie propre

SECTION I. — *Traits par lesquels le recours demeure indifférencie*

§ 1. — *Traits pris des conditions de recevabilité*

ARTICLE 1. — *Absence de recours parallèle*

47. Que cette condition de recevabilité est inconnue 77

ARTICLE 2. — *Qualité requise de l'acte à attaquer*

48. Que le recours est recevable, en général, contre toute mesure arrêtée faisant grief 78

ARTICLE 3. — *Des actes de gouvernement*

49. Théorie générale de ces actes 80
50. Qu'ils excluent aussi notre recours 83

§ 2. — Traits par lesquels s'affirme le caractère
subjectif du recours

51. 1° Que le contrat est source d'excès de pouvoir et sujet à recours 83
52. 2° Caractère contradictoire de l'instance en excès de pouvoir. De la communication du pourvoi à l'Administration 84
53. De la production de mémoires en défense 85
54. De la « tierce » — opposition 86
55. 3° Que l'autorité de la décision rendue par le Conseil est, même au cas d'annulation, purement relative 87

§ 3. — Confusion des contentieux

56. Que les pouvoirs du Conseil ne sont pas limités à l'annulation ; leur largeur 87
57. Du cas où le Conseil se reconnaît le droit, après avoir statué sur l'excès de pouvoir, d'évoquer le fond 88
58. Que la séparation des contentieux n'existe pas 89

SECTION II. — *Tendance du recours
à acquérir le caractère objectif*

59. 1° Que le recours est très tôt recevable contre les actes réglementaires 89
60. 2° De la qualité du requérant : que le Conseil n'exige pas un droit et se contente d'un intérêt individuel 91
61. Arrêts recevant des recours émanés de requérants compris dans des cercles de plus en plus larges 91
62. Arrêts écartant des recours émanés de requérants (habitants, contribuables, usagers, etc...) compris dans des cercles de plus en plus étroits 92
63. 3° De la production de mémoires en intervention 92

DEUXIEME PARTIE

La période qui s'étend de 1852 à 1872

TITRE PREMIER

FONCTIONS ET ASPECT GÉNÉRAL DU RECOURS

SECTION I. — *Fonctions du recours*

64. Que de nouvelles significations lui sont attribuées. D'un premier rôle, d'ordre administratif 93
65. D'un second rôle, d'ordre politique 96

SECTION II. — *Aspect général du recours*

66. Aspect général 100
67. Confirmations : 1° Du visa de la loi des 7-14 octobre 1790 .. 102
68. 2° Nombre des recours ; importance limitée du décret de 1864 104
69. 3° Place exacte occupée par ce décret 106
70. 4° Que le recours est considéré comme posant une question de fond. Plan 108

SECTION III. — *De la distinction qui est faite entre les décisions administratives contentieuses et non-contentieuses*

71. Que ce sont désormais les idées modernes qui y président .. 109

TITRE DEUXIEME

ÉTENDUE DES MOYENS D'ANNULATION

72. Principes dominants 111

SECTION I. — *L'incompétence*

73. Absence d'arrêts limitant l'excès de pouvoir à l'incompétence 113

SECTION II. — *Le vice de formes*

74. Indices probables de son inclusion dans l'excès de pouvoir 113
75. Date et étendue de cette inclusion 114
76. Liberté d'appréciation que se reconnaît le Conseil 115

SECTION III. — *La violation de la loi*

77. La violation de l'autorité de la chose jugée 116
78. Introduction à la vue de l'inclusion de ce moyen 116

§ 1. — Vers l'admission de la violation de la loi

79. Qu'elle demeure exclue touchant les décisions des conseils et des jurys de révision 117

80. Arrêts résistant à l'inclusion de la violation de la loi	118
81. Maintien de la notion de l'excès de pouvoir propre aux conseils de préfecture	119
82. Cas d'admission détournée de la violation de la loi	120

§ 2. — L'admission de la violation de la loi

83. Première forme : la violation de la loi seule	121
84. Introduction à la deuxième forme : la sollicitude du Conseil pour les droits privés	124
85. Deuxième forme : la violation de la loi et du droit acquis	126
86. Que le Conseil ne va pas jusqu'à prendre en considération la violation du droit acquis seul ; pourquoi	128

§ 3. — Etendue de l'annexion opérée

87. Valeur exacte des conclusions d'AucoC dans l'affaire <i>Bizet</i> (13 mars 1867)	130
88. L'embarras du Conseil dans les dernières années	131

§ 4. — Question annexe

89. Quelles règles de fond sont sanctionnées par ce moyen	134
--	-----

SECTION IV. — *Le détournement de pouvoir*

90. Que l'introduction de ce moyen représente un progrès par rapport à celle de la violation de la loi	136
91. Des arrêts trompeurs qui se rencontrent avant 1860	136
92. Préludes à l'admission	137
93. L'incorporation consciente : l'arrêt <i>Lesbats</i> du 25 fév. 1864.	140
94. Que la plupart des arrêts postérieurs exigent la présence simultanée d'une violation de la loi	141
95. Scrupule du Conseil à se servir de ce nouveau moyen	142
96. Notion d'ensemble que s'en forment les contemporains	142
97. La question de la preuve : difficulté qu'elle présente ; modes admis par le Conseil	144

SECTION V. — *L'examen du fait et les moyens qui en dérivent*

§ 1. — L'examen du fait

98. Orientation donnée par les auteurs de l'époque	145
99. Fréquence des arrêts procédant à cet examen ; qu'aucun principe ne l'avait jamais interdit	146

§ 2. — Les moyens engendrés

100. 1° Des annulations prononcées dans des cas de « cause juridique inexistante »	148
--	-----

TABLE DES MATIERES

255

101. 2° Présence d'arrêts contrôlant les appréciations de faits de l'Administration	149
---	-----

SECTION VI. — *Vue générale des moyens d'annulation*

102. Résumé	151
103. Qu'il s'agit d'une création du Conseil d'Etat, exempte de tout précédent judiciaire	152

SECTION VII. — *Conséquence : étendue de la théorie des actes de pure administration*

104. Que la théorie devient caduque dans sa première acception	153
105. Que, dans sa deuxième acception, elle cesse de s'opposer à l'examen du vice de formes et de la violation de la loi	156
106. Que donc le Conseil ne désigne plus que l'autorité discrétionnaire par cette expression ; sa désuétude finale ..	157

TITRE TROISIEME

ORGANISATION DU RECOURS

107. La faculté du recours <i>omīssio medio</i> ; sa signification	159
108. Qu'à partir de 1860 le recours pour excès de pouvoir constitue une voie à part	160
109. Signes donnant à croire à une différenciation poussée de cette voie	164

CHAPITRE PREMIER

Des autorités dont les actes sont soumis au recours

110. Que le recours continue à s'appliquer aux actes de toutes les « autorités » administratives	167
111. Autorités de l'administration active. Cas des décrets	168
112. Autorités de l'administration délibérante	171
113. Juridictions administratives : que la séparation n'est toujours pas consommée entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation ; qu'elle tend à l'être avec l'appel pour excès de pouvoir. 1° Les juridictions de dernier ressort	172
114. 2° Les juridictions de premier ressort	179

CHAPITRE II

Caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir

115. Que le Conseil, enclin à voir en lui un recours administratif, le constitue comme recours contentieux « objectif » ..	184
116. Confirmations : 1° Caractère obligatoire du délai	188
117. Absence de délai pour les recours hiérarchique et gracieux	190

118. 2° Usage fait par le Conseil du caractère d'ordre public du délai	191
119. Fixation du point de départ du délai	192

CHAPITRE III

**Acquisition progressive par le recours pour excès de pouvoir
d'une théorie propre**

SECTION I. — *Traits par lesquels s'affirme
la différenciation du recours*

§ 1. — Apparition d'une nouvelle condition de recevabilité

ARTICLE 1. — *La théorie du recours parallèle*

120. Apparition tardive de la nouvelle condition de recevabilité	195
121. Première manifestation	196
122. Cas dans lesquels elle fonctionne	197
123. Comment, dans les dernières années, le Conseil, pour se débarrasser, abuse de cette fin de non-recevoir	202
124. Signification de son exigence	205

ARTICLE 2. — *Un appendice : l'immunité des actes-soutiens*

125. Comment elle s'est établie	209
---------------------------------------	-----

§ 2. — Traits empruntés à la théorie de l'acte

ARTICLE 1. — *Qualité requise de l'acte à attaquer*

126. Que le Conseil exige ici comme ailleurs une mesure arrêtée faisant grief, mais qu'il ne craint pas de s'attaquer au silence et au simple agissement	211
127. Démonstration	213

ARTICLE 2. — *Irrecevabilité à raison du caractère gouvernemental de l'acte*

128. Domaine recouvert par les actes de gouvernement	217
129. Qu'ils sont sujets au contrôle de l'excès de pouvoir, entendu au sens d'incompétence	221

§ 3. — Traits par lesquels se marque le caractère objectif du recours

ARTICLE 1. — *Traits empruntés à la théorie de l'acte*

130. Recevabilité du recours contre tout acte réglementaire	222
131. Tendance à l'exclusion des actes de gestion	223

ARTICLE 2. — *Qualité du requérant*

132. Que la jurisprudence peut se ramener à l'exigence d'un intérêt direct et personnel	225
---	-----

TABLE DES MATIERES

257

133. Première démonstration : requérants déclarés recevables ..	226
134. Deuxième démonstration : requérants déclarés pour l'ordinaire irrecevables	228

ARTICLE 3. — L'instance en excès de pouvoir

135. Des causes qui lui font perdre son caractère contradictoire. Que la communication du pourvoi au ministre vaut désormais simple consultation	229
136. De la production de mémoires en défense ; signification changée	231
137. Des interventions en défense	233
138. De l'opposition	233

ARTICLE 4. — Autorité de la décision rendue par le juge

139. Passage inconscient qui s'opère de l'autorité relative des annulations à leur autorité absolue	234
---	-----

SECTION II. — Traits par lesquels le recours reste encore indifférencié

140. 1° Que le principe de l'irrecevabilité du recours contre le contrat, par ailleurs source d'excès de pouvoir, n'est toujours pas établi	236
141. 2° Que les pouvoirs du juge ne sont toujours pas limités à l'annulation ; leur largeur	238
142. Que l'évocation du fond est toujours pratiquée	240
143. Que la séparation des contentieux n'est toujours pas faite ..	240

CONCLUSION

144. Combien les solutions vues restent éloignées des solutions modernes. Que notre travail appelle une étude consacrée à la jurisprudence du dernier quart du XIX ^e siècle	243
145. Influence exercée sur le développement étudié par le régime de la justice retenue	244
146. Signification générale de l'excès de pouvoir à notre époque. Appréciation d'une thèse d'HAURIU	247

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES	249
-------------------------------------	-----

TEPAC, 9, rue de Mézières, PARIS-VI



